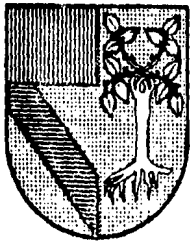


308909

23

24



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

"NATURALEZA, APLICACION Y PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO"

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
CARMEN CAROLINA MEJIA CORONA

DIRECTOR DE TESIS
JOSE MANUEL TORREBLANCA SENTIES

MEXICO, D. F.

1968



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE

PAGINA

INTRODUCCION

CAPITULO I

CONFLICTOS DE LEYES

1.	Planteamiento General.....	10
2.	Sistema Conflictual Tradicional.....	22
	a) Tendencia Supranacionalista.....	22
	b) Tendencia Nacionalista o Internista..	24
	c) Tendencia Autónoma.....	33
3.	Sistemas Modernos para la Solución de- Conflictos de Leyes.....	37
	a) Normas de Aplicación Inmediata....	37
	b) Normas Materiales.....	39
	c) Derecho Uniforme o Convencional..	41
4.	La Calificación.....	42
	a) Concepto.....	42
	b) Ley Competente para Fijarla.....	46
	c) La Calificación en el Derecho Mexica- no.....	51
5.	El Reenvío.....	53
	a) Concepto.....	53
	b) Clases.....	55
	c) El Reenvío en el Derecho Mexicano..	57
6.	Cuestión Previa.....	59

CAPITULO II

APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO

1.	Sistemas Seguidos en la Aplicación del- Derecho Extranjero.....	63
	a) Teoría Italiana.....	63
	b) Teoría Inglesa.....	64
2.	Excepciones a la Aplicación de la Nor- ma Jurídica Extranjera.....	67
	a) El Orden Público.....	68
	b) El Fraude a la Ley.....	73
	c) El Interés Nacional.....	76
	d) Desconocimiento en el Foro de la Ins- titución Extranjera Aplicable.....	78
	e) La Reciprocidad.....	79

CAPITULO III	<u>ANTECEDENTES EN CUANTO A LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO</u>	
1.	Antecedentes Doctrinales.....	80
	a) Epoca Antigua.....	80
	b) Epoca Moderna.....	88
2.	Antecedentes en el Sistema Juridico Mexicano.....	100
	a) La Legislación Española en Vigor - Después de la Independencia.....	100
	b) La Legislación Civil a Partir de 1870.....	108
	c) El Código Civil en Vigor (1932).....	116
CAPITULO IV	<u>LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO</u>	
1.	Legislación.....	118
2.	Convenciones Internacionales.....	133
CONCLUSIONES.....		137
BIBLIOGRAFIA.....		141

INTRODUCCION

La posibilidad de ordenar jurídicamente la actividad humana es una función específica del Estado; dicha regulación la hace a través de normas jurídicas que tienen una vigencia espacial precisamente en un territorio determinado.

El Estado contiene en sí mismo el poder suficiente para mantener el orden jurídico dentro de los límites que le señalan las propias normas, poder que dentro de la división tripartita de funciones formales le corresponde al poder judicial como el encargado del mantenimiento de dicho orden.

La función jurisdiccional es la que mejor define el carácter jurídico de un Estado, y ésta se ejerce mediante los órganos creados para tal efecto, los cuales van a aplicar el derecho al caso concreto que se les someta.

Si tomamos como base que la jurisdicción, además de una facultad, es principalmente una obligación del Estado, cabe señalar que siempre que medie un conflicto entre particulares referente a derechos subjetivos privados de éstos, de acuerdo con nuestra Constitución Política, resulta de los artículos 14, 16 y 17, que la impartición de justicia es facultad del Estado y como tal, cuando le es sometido a su decisión un conflicto de intereses calificados, y en los cuales, por su relación de creación especial hayan sido regulados por leyes extranjeras, será necesario que en su resolución, el juez tome en consideración dicho de

recho, el cual deberá aplicar como si se tratara de un juez del lugar de vigencia de ese derecho, lo que implica una serie de reconocimientos que deberá tener el juez, ya sea por sí mismo o a través de los medios de prueba que le aporten las partes, o en forma oficiosa, a través de los órganos del Estado que tenga dicha función, como es la Secretaría de Relaciones Exteriores, ya que el juez no puede dejar de resolver por ignorancia u oscuridad. Es por ello que a través de este trabajo, he tratado de dar un simple esbozo de la problemática que representa para los jueces y litigantes cuando en la praxis judicial se presenta la necesidad de invocar y solicitar la aplicación del derecho extranjero; esperando con ello, haber logrado mi cometido de presentar un problema que es sabido, implica un mayor estudio; pero que pueda servir para lograr un incipiente interés en quienes, como yo, empiezan a introducirse en el gran mundo del derecho.

CAPITULO I

CONFLICTOS DE LEYES

I.1 PLANTEAMIENTO GENERAL

A través del transcurso de los años, la vida cambia no sólo dentro de un grupo social determinado, sino también de un grupo social a otro. Algunos de los signos observables de esta evolución se reflejan en los productos culturales de cada grupo. El Derecho es uno de estos productos, y por lo tanto, suele ser diferente la concepción que se hace de las diferentes instituciones sociales que ha de regular.

Normalmente, los grupos sociales llevan a cabo sus actividades en un espacio geográfico determinado; sin embargo, algunas de esas actividades suelen efectuarse fuera de dicho espacio. Debido a las diferentes regulaciones jurídicas de las instituciones en cada grupo, resulta indispensable lograr el establecimiento de ciertas bases que posibiliten la obtención de un mínimo posible de seguridad, certeza, igualdad y libertad.

Los conflictos de leyes pueden ser sumamente variados, pero los conflictos de leyes que interesan básicamente al derecho internacional privado son los conflictos de vigencia espacial entre normas jurídicas de dos o más Estados que convergen respecto de una sola situación jurídica concreta.

Así, los conflictos de leyes suponen la existencia de los siguientes elementos:

- a) Una situación concreta que debe regularse jurídicamente.
- b) Circunstancias de hecho o de derecho de las que puede derivarse la realización de los supuestos previstos en dos o más normas de diversos Estados.
- c) Dos o más normas jurídicas de diversos Estados que podrían regular jurídicamente la situación concreta.

Martín Wolff nos dice al respecto al conflicto de leyes:

"...Cuando se dan hechos positivos con puntos de conexión con el extranjero, la cuestión acerca de qué consecuencias jurídicas deban tener tales hechos, sólo puede resolverse determinando previamente cuál es la ordenación jurídica de donde debe tomarse la respuesta a aquella cuestión... El derecho internacional privado se propone determinar qué ordenación jurídica, entre varias vigentes a un tiempo, debe aplicarse a una relación determinada de la vida real". (1)

Una norma jurídica es vigente cuando el poder público la declara obligatoria para un lugar y un época determinados. Lo común es que la norma jurídica sólo tenga aplicación en el lugar para el cual fue declarada en vigor. Desde el punto de vista del

(1) WOLFF, Martín; Derecho Internacional Privado; Editorial Labor, S. A. Barcelona, 1936.

tiempo, lo normal es que la disposición jurídica rija a partir de su vigencia y pierda su obligatoriedad cuando una nueva norma jurídica le haga perder su vigencia total o parcialmente.

Pero esta normalidad, tiene importantes excepciones en cuanto a tiempo y lugar. Así, en el tiempo es posible la aplicación de la nueva norma hacia el pasado y la aplicación de la norma ya sustituida total o parcialmente en el presente. En cuanto a espacio, suele ocurrir que las normas jurídicas se apliquen fuera del espacio sometido al poder público que las expidió.

El maestro García Maynez afirma lo siguiente:

"... Toda ley tiene un ámbito temporal y un ámbito espacial de vigencia. Esto significa que solo obliga por un cierto tiempo y en determinada porción de espacio...". (2)

Esta aseveración es cierta; pero no absoluta, porque en ocasiones la norma jurídica hecha para regir en un espacio y tiempos determinados, rige en un espacio y tiempo distintos. Naturalmente que para que esto ocurra, es preciso que otra norma jurídica le de aplicabilidad a una disposición jurídica sin vigencia ordinaria en el tiempo o en el espacio.

(2) GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; Introducción al Estudio del Derecho; Editorial Porrúa; México, 1984, pág. 404.

En lo que se refiere al espacio, es de admitirse la - aplicabilidad de la norma vigente en territorio de otro Estado; - únicamente cuando el poder público del lugar de aplicación permite la aplicación de la norma jurídica extranjera.

Dentro del derecho internacional privado interesa la - aplicación de las normas jurídicas en el espacio puesto que los problemas del derecho internacional privado se desprenden de la aplicación extraterritorial de las normas jurídicas. Si las normas jurídicas no se aplicasen extraterritorialmente, no habría - derecho internacional privado.

Acerca de los conflictos de leyes, los iusprivatistas suelen clasificarlos en conflictos de leyes internacionales, interprovinciales, coloniales y de anexión.

En razón de la materia del presente trabajo, analizaremos únicamente los primeros. Los conflictos internacionales se producen, en opinión de Niboyet, entre leyes de Estados independientes los unos de los otros, es decir, se trata de un conflicto entre leyes provenientes de soberanías diversas. "Cada soberanía es independiente en su territorio, no permitiendo la aplicación de las leyes extranjeras más que en la medida que considere conveniente..." (3). En este tipo de conflictos señala Niboyet

(3) NIBOYET; Principios de Derecho Internacional Privado; México. Editorial Nacional, 1869, pág. 21.

que no existe una autoridad superior que asegure en los diversos países una solución uniforme de los conflictos.

Se presentan los conflictos de leyes internacionales cuando dos o más normas jurídicas de diversos Estados sujetos de la comunidad internacional, se vinculan con una situación concreta, debiendo determinarse entre esas normas jurídicas cuál es la aplicable. La determinación de la norma jurídica aplicable se hace conforme al derecho internacional privado del Estado ante el cual se plantea el conflicto internacional de normas jurídicas.

Respecto de los conflictos internacionales, podemos distinguir dos clases de conflictos: conflictos de competencia judicial y conflictos de competencia legislativa.

La competencia judicial consiste en determinar la autoridad competente para conocer de los litigios que surjan con ocasión de los conflictos de leyes; y los conflictos de competencia legislativa se plantean cuando es preciso determinar la ley aplicable al derecho en sí.

En realidad, en los conflictos de competencia judicial, es posible hacer el enfoque que corresponde a los conflictos de leyes, puesto que la competencia de los órganos judiciales necesariamente se desprende de normas jurídicas en las que basan su competencia.

Los conflictos de competencia legislativos son también conocidos en la doctrina como sistema conflictual tradicional, y es al que enseguida nos referiremos:

El sistema conflictual tradicional "es la técnica que intenta resolver un problema derivado del tráfico jurídico internacional de manera indirecta con la aplicación de una norma jurídica que dé la respuesta directa". (4)

Romero del Prado define así la técnica: "... es el conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto o fin determinar cuál es la jurisdicción, competencia o la ley que debe aplicarse en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes, en el espacio, que reclaman su observancia". (5) De esta definición, vamos a distinguir básicamente tres elementos:

- a) De manera general, las normas de un sistema rigen directamente ciertas conductas, pero existe un tipo de ellas cuya función es distinta: rigen de manera indirecta dichas conductas. (v.gr. las normas procesales).

(4) PEREZNIETO CASTRO, Leonel; Derecho Internacional Privado, Colección Textos Jurídicos Universitarios, México, pág. 208.

(5) ROMERO DEL PRADO; Derecho Internacional Privado; Córdoba; Ed. Assandri, 1961, pág. 153.

De manera parecida, a fin de posibilitar la aplicación del derecho, otras normas nos indican casos concretos sobre la aplicación de la norma, para resolver directamente un problema derivado del tráfico jurídico internacional, o bien, cuál juez o tribunal es competente para conocer de dicho problema.

- b) Generalmente, existe en el sistema una norma jurídica aplicable para la solución de un caso concreto, o bien, para determinar la competencia de un juez o tribunal, pero también sucede que en ocasiones para resolver ciertos problemas, hay que recurrir a la aplicación de una norma que no pertenece al sistema o que, perteneciendo a éste, debe ser previamente identificada por existir duda acerca de cuál norma aplicar. El caso de la competencia judicial es parecido; existe duda acerca de qué juez o tribunal es competente para conocer de un caso concreto.
- c) Ya sea que para la determinación de una norma jurídica extranjera o para la identificación de la norma del sistema que deba aplicarse, o bien, para saber qué juez o tribunal es competente, hay que contar con un mecanismo de aplicación especial de normas que nos ayude a ello y esta función es cumplida en algunos casos por ese "conjunto de normas" a que Romero del Prado hace referencia y que en general la doctrina denomina "normas de conflicto".

De los conceptos expuestos, podemos inferir algunas reflexiones que nos ayuden en la comprensión del concepto que generalmente se conoce con el nombre de "conflicto de leyes".

PRIMERA. - Existen ciertos problemas que, derivados del tráfico jurídico internacional, originan la necesidad de recurrir a la aplicación del derecho extranjero.

SEGUNDA. - En cada sistema jurídico positivo existen una serie de normas cuya función u objeto es posibilitar la aplicación del derecho extranjero, normas que la doctrina ha denominado "normas de conflicto".

TERCERA. - No existe un "conflicto de leyes" en el sentido estricto del término, sino en realidad una duda por parte de los aplicadores del derecho (jueces, tribunales, etc.) respecto a cuál es el aplicable cuando ciertas conductas humanas o hechos se encuentran vinculados, por razón especial, con otros sistemas jurídicos. Esta vinculación se presenta por ciertos índices que la doctrina ha denominado "puntos de contacto" o "puntos de conexión".

CUARTA. - Es conveniente la existencia de un mecanismo que, frente a un caso determinado, nos guíe en la identificación de la norma jurídica extranjera aplicable, conforme a los índices (puntos de contacto o de conexión) presentados por las conductas humanas o hechos, para que con base en dicha norma, poda-

mos saber de qué tipo de actos jurídicos se trata.

En conclusión, la técnica conflictual tradicional en un procedimiento mediante el cual, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación del derecho dará la respuesta directa.

Para entender la naturaleza de las normas que posibilitan la aplicación del derecho extranjero, o sea, de las "normas conflictuales", es necesario precisar que las normas del derecho internacional privado son formales, en oposición a las normas materiales. Es decir, las normas del derecho internacional privado se concretan a señalar la norma jurídica competente o aplicable para regir una situación concreta. La conducta a seguir por los sujetos destinatarios de la norma, se prescribe en la norma sus-tantiva previamente indicada por el derecho internacional priva-do.

Las normas conflictuales o formales remiten a la norma jurídica aplicable que estipula la conducta a seguir para el caso concreto. A estas últimas normas se les denomina normas sus-tantivas y también normas materiales.

El maestro García Maynez se refiere a la necesidad de distinguir las reglas del derecho internacional privado de las normas de solución del caso concreto, que pueden ser de Derecho-Civil, o de Derecho Administrativo o de Derecho Penal. Les asig

na a las normas conflictuales la misión de indicar, en conexión con un conflicto de leyes pertenecientes a sistemas jurídicos distintos, qué preceptos legales han de aplicarse; mientras que a las de solución les señala el objetivo de resolver el caso singular una vez que se ha dilucidado la cuestión del derecho internacional privado.

En otros términos, la norma conflictual es la norma indicadora de la disposición competente o aplicable ante un conflicto de leyes y la norma material o sustantiva es la que establece la conducta a seguir en la situación concreta. La norma sustantiva aplicable viene a ser la elegida por la norma conflictual entre aquellas normas sustantivas que coincidieron en la pretensión de regir una sola situación concreta.

En el derecho internacional privado, a diferencia del derecho internacional público, los jueces de cada Estado tienen competencia para resolver y la solución se buscará en las disposiciones del derecho internacional privado contenidas en el derecho vigente en ese Estado. De ahí que haya tantos derechos internacionales privados positivos como Estados.

Niboyet dice a este respecto: "...Actualmente cada país da a los conflictos la solución que acertada o equivocadamente, le parece mejor... puede haber tantas reglas de solución de los conflictos de leyes como países diferentes existen... En los dominios del derecho positivo, el juez que conoce de un litigio, -

debe aplicar exclusivamente el derecho internacional privado de su país..." (6)

Martín Wolff consigna el desarrollo en el territorio de todos los Estados de un derecho nacional destinado a la solución de conflictos, pero juzga que las reglas de solución no son del todo nacionales porque: "... todo Estado ha de mantener su derecho internacional privado dentro de unos límites compatibles con el espíritu de la comunidad internacional. Se consideraría abusiva una ordenación jurídica que no se propusiera llegar a un reparto equitativo de competencia entre todos los Estados, sino que repondiera más bien al deseo de dar al derecho material del propio Estado una esfera de vigencia más amplia de la que en igualdad de circunstancias se reconoce al derecho de otros Estados". (7)

Dado todo lo expuesto, podemos señalar:

- a) Las normas internacionales del derecho internacional privado son las contenidas en los tratados internacionales, conforme a la evolución del derecho internacional.
- b) Los tratados internacionales son escasos, compren-

(6) NIBOYET; Op. Cit. pág. 34

(7) WOLFF, Martín; Op. Cit. págs. 19 y 24.

den a un reducido número de países y los temas que abarcan son limitados.

c) Prevalecen cuantitativamente y cualitativamente las normas del derecho internacional privado que han de localizarse en el derecho interno de cada Estado, - de ahí que el carácter que corresponde a las normas conflictuales sea nacional preferentemente.

d) Por tanto, entre otras, podemos señalar como consecuencias del carácter nacional de las reglas de conflicto las siguientes:

- Hay tantos derechos internacionales privados como países existen.

- La solución de un conflicto de leyes variará de un país a otro y será muy importante lograr en cierto momento que el conocimiento de un conflicto se someta a determinado juez, quien aplicará su derecho.

- Respecto de un solo conflicto en dos Estados, se puede obtener soluciones diversas.

- A un problema internacional no se le da una solución internacional.

I.2 SISTEMA CONFLICTUAL TRADICIONAL

La técnica conflictual tradicional, en la doctrina moderna, se divide en tres grandes tendencias:

- a) La Supranacionalista.
- b) La Nacionalista o Internista.
- c) La Autónoma.

A) LA SUPRANACIONALISTA

Considera que el derecho internacional privado y, específicamente los "conflictos de leyes", deben ser inscritos en un orden jurídico superior al de los Estados individualmente considerados, es decir, que tal materia debe ser descrita como de carácter supranacional.

El común denominador de esta corriente es el énfasis - que pone en los elementos de carácter internacional, incluso en ocasiones sin tomar en consideración cuestiones de derecho interno. De manera general, puede decirse que esta tendencia se subdivide a su vez en dos grandes grupos: los Internacionalistas y los Universalistas.

Internacionalistas:

A fines del siglo pasado y principios del actual, una

serie de autores iniciaron sus ideas dándole primacía a la "comunidad jurídica internacional" como vía de solución de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

Uno de estos autores es el alemán Zitelmann, quien distingue dos tipos de normas jurídicas:

- "Las normas de origen internacional que tienen como destinatarios a los Estados.
- Las normas de origen nacional, que se expiden para solucionar dentro de ese ámbito, problemas derivados del tráfico jurídico internacional". (8)

Establece una serie de principios conforme a los cuales los sistemas jurídicos nacionales deben regirse, y si éstos establecen soluciones diferentes, en aquél permanecerá el principio de uniformidad.

A este principio de uniformidad de soluciones a nivel internacional, que garantiza la continuidad de la vida jurídica entre los países, deberán ajustarse andando el tiempo, los sistemas nacionales.

Universalistas:

Para los partidarios de esta idea, todo Estado tiene

(8) ZITELMANN, Citado por Pereznieta Castro; Op. Cit. pág. 228.

el deber de respetar a los individuos que componen la sociedad jurídica universal, y para cumplir con él, es necesario que así lo prevea en su ordenamiento interno. Por ser parte de una comunidad, los Estados tienen el deber común de resolver, de manera homogénea, los problemas derivados del tráfico jurídico internacional mediante vías idóneas: tratados, leyes uniformes, etc.

La tendencia supranacionalista tiene el mérito de haber otorgado una especial importancia a los factores de orden internacional que la doctrina contemporánea habría de conservar en el tratamiento de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional. Los movimientos de calificación y establecimiento de reglamentaciones conflictuales por vía de tratados, convenios y acuerdos internacionales habrían de cobrar auge en la década de los años 30, después disminuirían para volver a florecer a partir de la década de los años 50, principalmente con la Conferencia Permanente de La Haya del derecho internacional privado.

B) LA NACIONALISTA O INTERNISTA

Considera que la disciplina debe ser estudiada únicamente a partir del derecho interno de los Estados; es decir, que la descripción debe hacerse de procedimientos de carácter nacional o interno.

Debido a la dificultad de referirnos a las diferentes variantes territorialistas, en este apartado sólo haremos mención

a los territorialistas propiamente dichos:

Francia. Entre los principales autores franceses, contamos a Niboyet, quien señala que "cuando decimos que una ley es territorial, deseamos expresar que la misma rige todos los hechos realizados en un determinado territorio o que interesan al mismo". (9) Es decir, en principio, la ley normalmente aplicable será la ley del foro, en relación con los hechos que se produzcan dentro de su ámbito territorial de validez, y solamente en un número limitado de casos -como excepción- podrá permitirse la aplicación de la ley extranjera. Pero esto no significa que el juez aplique invariablemente y a todos los casos su propia ley, lo cual, además de ser una solución obsoleta, resultaría contrario al comercio internacional. En estos casos, según Niboyet, lo que el juez debe aplicar son sus normas de conflicto y no sus normas materiales.

Como puede desprenderse de las ideas de Niboyet, existe una constante común en el sentido de declarar competente e incluso preponderante a la *lex fori*. La ley del foro debe fijar de manera unilateral su propio ámbito de aplicación y, finalmente, para casos excepcionales, donde la propia ley interna no contemple determinadas hipótesis, podrá ésta declararse incompetente para permitir así la aplicación de la ley extranjera, que a su

(9) NIBOYET; Op. Cit. pág. 51.

vez reivindica competencia. El papel que juega la regla de conflicto es exclusivamente el de la delimitación del campo de aplicación espacial de su norma material y en los casos de la incompetencia de ésta, simplemente permitir la aplicación de la ley extranjera.

El mérito de la doctrina de Niboyet es haber señalado la necesidad de los sistemas jurídicos positivos para resolver los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

Inglaterra. El inglés Dicey sostiene en su obra el principio de que la aplicación de la ley extranjera en el foro debe darse de manera excepcional. Afirma que esa excepción deberá justificarse en el principio de los "derechos adquiridos", siempre y cuando su objeto sea lograr resultados más justos.

Así, todo derecho debidamente adquirido conforme a las leyes de un Estado debe ser generalmente reconocido por los tribunales ingleses, salvo el caso en el que tal derecho sea contrario al principio del orden público.

Por su parte, Cheshire, critica la elaboración de principios generales en la materia y se inclina por un método de análisis del modo de resolver este tipo de problemas. Le otorga importancia a la manera como la norma extranjera debe ser determinada y aplicada por los jueces ingleses.

Sostiene la idea de que la aplicación de la norma jurídica extranjera no afecta la soberanía estatal en la medida que dicha norma sea aplicada en el foro por mandato de la propia norma de conflicto.

Darle primacía, como lo hace Dicey, a la actividad judicial, manifiesta un proceder típico de un sistema como el inglés: ante todo, el juez deberá declararse competente y, enseguida juzgar, lo cual implica que ha solucionado previamente el problema de la determinación de la ley aplicable.

Estados Unidos. En respuesta a la idea de los "derechos adquiridos", los autores estadounidenses 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 conveniencia social", con el objeto de otorgar derechos parecidos a los que la ley extranjera otorga en el caso concreto.

Según algunos autores, deberá determinarse en cada caso concreto si existe un interés estatal o gubernamental en aplicar la ley del foro, y sólo en los casos que esto no suceda, los tribunales locales podrán declararse incompetentes para conocer del asunto que se les presente, y excepcionalmente, aplicar la ley extranjera.

Latinoamérica. El territorialismo latinoamericano si-

guió un curso diferente: por un lado influyeron los antecedentes del Derecho Español y el proceso de independencia de los países de Latinoamérica y, por el otro, el Código Civil Chileno.

El derecho latinoamericano, especialmente el de los países de habla española, tiene antecedentes remotos en el derecho feudal español de la Edad Media, mismo que establecía el principio de exclusión del derecho extranjero. Aunado a esto, el principio de "exclusivismo colonial", que impedía la entrada a la Nueva España de toda persona que no fuera súbdito de los reyes españoles, produjo una concepción esencialmente territorialista. Con el proceso de independencia se inició un sentimiento nacionalista que fomentó aún más esta concepción.

En los Códigos Civiles latinoamericanos influyó de modo principal el Código Civil francés de 1804, y secundariamente el proyecto de código de García Goyena de 1851; pero esta influencia no se produjo en materia conflictual, pues en este punto el Código Civil Chileno (Código Andrés Bello) de 1855 fue decisivo. En el artículo 14 de este Código, se establece; "La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros".

Es quizás por este carácter marcadamente territorialista en los sistemas jurídicos latinoamericanos que, durante el siglo pasado y el presente, se ha gestado una serie de movimientos de carácter internacional, con objeto de establecer comunicacio-

nes internacionales que uniformen la disciplina. El éxito ha sido favorable y rigen ya diversos tratados.

Ideas territorialistas en México. En México, la evolución fue diferente. Al igual que en el resto de Latinoamérica, - la influencia de la legislación española subsistió inclusive después de lograda la independencia. Pero en varios de los documentos libertarios se manifiesta un amplio sentimiento de aceptación de los extranjeros. Así, tenemos como ejemplos el artículo 2o. - de "Elementos Constitucionales", circulados por Ignacio López Rayón en 1811; los artículos 10 y 16 del documento "Sentimientos de la Nación" elaborado por José María Morelos y Pavón en 1813; los artículos 14 y 17 del "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana" de 1814 y el Artículo 12 del Plan de Iguala de 1821. De forma más inmediata, el Código Civil Francés de 1804 y el proyecto de Código Civil García Goyena de 1851, son los antecedentes que influyeron para que en el Código Civil para el Distrito Federal y los Territorios de Baja California de 1870 se consagrara la Teoría de los Estatutos. Así, los artículos 13 a 17, 19, 24 y 25, quedaron redactados de la manera siguiente:

Art. 13.- Las leyes concernientes al Estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos - del Distrito y Territorios de la Baja California, aunque residan en el extranjero, respecto de los actos - que deban ser ejecutados en todo o en parte en las mencionadas demarcaciones.

Art. 14.- Respecto de los bienes inmuebles en el Distrito Federal y en la Baja California, regirán las leyes mexicanas, aunque sean poseídos por extranjeros.

Art. 15.- Respecto de la forma o solemnidad externa de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado. Sin embargo, los extranjeros residentes fuera del Distrito o de la Baja California quedan en libertad para sujetarse a las normas y solemnidades prescritas por la Ley Mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarcaciones.

Art. 16.- Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos o testamentos otorgados en el extranjero por mexicanos del Distrito o de la California, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deben cumplirse en las referidas demarcaciones.

Art. 17.- Si los contratos o testamentos de que habla el artículo anterior, fueren otorgados por un extranjero y hubiesen de ejecutarse en el Distrito o en la California, será libre el otorgante para elegir la ley a que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto interés que consista en bienes muebles. Por lo que respecta a los bienes raíces, se observará lo -

dispuesto por el artículo 14.

Art. 19.- El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de éstas, que son aplicables al caso.

Art. 24.- Tanto los mexicanos como los extranjeros residentes en el Distrito o en la California, pueden ser demandados ante tribunales del país por las obligaciones contraídas con mexicanos o extranjeros, fuera o dentro de la República.

Art. 25.- Pueden también ser demandados ante dichos tribunales, aunque no residan en los lugares referidos, si en ellos tienen bienes afectados a las obligaciones contraídas o si éstos deben tener su ejecución en dichos lugares.

Por otra parte, cabe aclarar que los artículos 13, 14, 15, 16, 17, 19, 24 y 25 del Código Civil de 1870, reproducen lo establecido a este respecto pro el Código Civil francés de 1804 y el Proyecto de Código Civil de García Goyena, y tienen influencia de los Códigos de Austria, Portugal y Chile. El artículo 13 consagra el principio de "ley nacional", en cuanto que se refiere a los mexicanos, pero es restrictivo al circunscribirse a señalar a "los mexicanos del Distrito y del territorio de la Baja California". Se trata de una disposición con características ex-

traterritoriales, pues intenta regir la capacidad y estado civil de los mexicanos del Distrito y de los territorios de la Baja California que incluso residan en el extranjero. Sin embargo, en ella se agrega: "respecto de los actos que deban ser ejecutados - en todo o en parte en las mencionadas demarcaciones", lo cual le otorga a dicha disposición un elemento de orden territorial relacionado con el principio *lex loci executionis*, conforme al cual es la ley de la ejecución la que debe regir. El artículo 14 sigue el principio *lex rei sitae* de que los bienes deben ser regidos - por las leyes del lugar donde se ubiquen.

Al artículo 15 establece en su primera parte el principio *locus regit actum*, es decir, aquél según el cual los actos se rigen conforme a la ley del lugar en que se otorguen, limitándolos a disposición citada únicamente a su forma; pero en tal precepto se vuelve a incluir el elemento territorial del artículo 13 al disponer que: "sin embargo, los extranjeros residentes fuera del Distrito o la Baja California, quedan en libertad para sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarcaciones"

El artículo 17 vuelve a insistir acerca del principio *lex loci executionis*. El artículo 19, influido por la jurisprudencia inglesa, establece la prueba del derecho extranjero por considerar que el mismo no debe ser tratado como Derecho, sino como un hecho en el procedimiento, facilitando con ello la inter

pretación del juez. Sin embargo, cabe hacer notar que este artículo va más allá al pretender que el juez no sólo debe ignorar al derecho extranjero, sino que además, debe decirse cuál es el sentido de su interpretación. Los artículos 24 y 25 reproducen en gran medida lo establecido por los artículos 14 y 15 del Código Civil francés, con objeto de establecer una base de competencia judicial.

C) LA TENDENCIA AUTONOMA

Considera que a la disciplina se le debe atribuir una posición autónoma en el marco general del derecho, esta tendencia es la más reciente.

El maestro Henri Batiffol, partidario de esta tendencia, sostiene que las relaciones regidas por el derecho internacional privado no son una simple materia sometida a la normatividad del foro con desconocimiento de la existencia y valor de los sistemas jurídicos extranjeros. No pudiendo negarse la existencia de las relaciones internacionales a nivel individual, su regulación exige la presencia de un conjunto de normas que tome en cuenta el contenido y alcance de las diferentes soluciones aplicables de los diversos sistemas jurídicos extranjeros. No se pretende, afirma este autor, el establecimiento de un sistema supranacional que ignore la existencia de los derechos nacionales, ni tampoco una simple proyección externa de éstos.

Por otro lado, tradicionalmente se ha considerado que el sistema conflictual es el único procedimiento a través del cual pueden resolverse los problemas derivados del tráfico jurídico internacional; pero en época reciente se ha complementado este procedimiento con la utilización de otros medios como son los llamados de "leyes de aplicación inmediata" y de "normas materiales". No obstante la existencia de las técnicas antes señaladas, el método conflictual garantiza hoy en día la coordinación de los sistemas jurídicos nacionales, ya que posibilita su articulación como entidades coordinadas y no como compartimientos separados y cerrados. La vía propuesta por Batiffol dentro de la técnica conflictual tradicional es la de "la localización objetiva de relaciones de derecho privado".

Conforme a ello, habrá que considerar los elementos que normalmente constituyen este tipo de relaciones: por una parte, el sujeto o sujetos, el objeto y la fuente jurídica; por la otra, el contacto o conexión de dichos elementos con uno o más sistemas jurídicos positivos.

De esta manera, según Batiffol, podrá lograrse que la interpretación que se haga de la relación considerada, sea acorde con la normatividad con base en la cual fue creada, evitando con ello posibles deformaciones o desnaturalizaciones, lo cual da oportunidad y garantía a la continuidad internacional de las relaciones humanas. Esto, a su vez, posibilita la correcta coordinación de los diversos sistemas jurídicos nacionales.

Con esto, se parte de la realidad, constatando la necesidad de lograr un equilibrio entre la normatividad nacional y lo que los sistemas jurídicos establecen, las soluciones deben buscarse sobre una base objetiva que tome fundamentalmente en cuenta la existencia y valor del tráfico jurídico internacional.

La posición objetiva de Batiffol, ha dado lugar a que una serie de autores hayan hecho suyos sus planteamientos e ideas, originando con ello una renovación de la tendencia autonomista, como es el caso específico de Werner Goldschmidt, quien enfoca los problemas derivados del tráfico jurídico internacional desde una triple perspectiva:

Primera.- En cuanto que este tipo de problemas son una realidad social, implican una serie de cuestiones sociológicas - relativas que deben ser estudiadas.

Segunda.- Pero en la medida que esos problemas se encuentren conectados con diferentes sistemas jurídicos, se presenta la necesidad de resolverlos de manera específica, por lo que habrá que determinar la norma aplicable respectiva.

Tercera.- Y, puesto que se trata de problemas que no pueden ser desvinculados de los intereses de los individuos, resulta necesario suministrar soluciones que concilien tales intereses de la mejor manera posible, para lo cual es aplicable el concepto de justicia.

De esta manera, el fundamento de los llamados conflictos de leyes lo encuentra el autor en el necesario respeto a los derechos de los extranjeros. Se trata, en el fondo, del antiguo derecho de gentes: las personas, como las colectividades, deben permanecer en pie de igualdad; los problemas que se susciten entre ellas deben resolverse de la mejor manera posible, conservando siempre un mínimo de respeto. El extranjero pertenece a una colectividad regida por sus propias normas; su presencia en una colectividad distinta no debe ser causa para que las normas de su colectividad originaria y conforme a las que ha organizado su vida, dejen de aplicársele. El respeto a la persona implica el reconocimiento de su personalidad.

Para Goldschmidt, la norma de conflicto es una norma de fondo, pues resuelve éste de manera indirecta al determinar la norma jurídica extranjera que de la solución directa al problema.

La idea de este autor, es una idea que parte del principio de no tomar en consideración, de manera general, la función de la norma de conflicto, puesto que cuando ésta opera aún no se sabe qué norma extranjera designará, e inclusive, si la designación no es posible, la norma de conflicto será sustituida por las normas materiales del foro y no podría hablarse en este caso de una designación ni, por tanto, de una solución de fondo para el problema en cuestión.

1.3 SISTEMAS MODERNOS PARA LA SOLUCION DE LOS CONFLICTOS DE LEYES

Entre las principales técnicas modernas para la solución de problemas derivados del tráfico jurídico internacional, encontramos dos técnicas surgidas con motivo de acontecimientos propios de la época moderna: intervencionismo del Estado, en el caso de la técnica de "normas de aplicación inmediata", y el incremento de las relaciones jurídicas internacionales en el caso de la técnica de "normas materiales".

A) NORMAS DE APLICACION INMEDIATA

Este tipo de técnicas se desarrolla a partir de la creciente intervención del Estado en las relaciones jurídicas entre particulares. Esto da lugar a la existencia de un considerable número de normas en el sistema que determinan ellas mismas "su propio campo de aplicación en el espacio, abstracción hecha de cualquier recurso al sistema de conflicto de leyes".

Mediante esta técnica, de manera directa, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación del Derecho Nacional, es decir, se pretende la "nacionalización" de una relación jurídica que, por los elementos, es de tipo internacional. Carrillo Salcedo sostiene en este sentido que "el ordenamiento jurídico del foro sólo se preocupa por salvaguardar su cohesión y eficacia internas, y de

ahí que no conceda relevancia jurídica alguna ni a los elementos extranjeros presentes, en el supuesto de hecho de que se trate - ni aún eventual Derecho extranjero con el que aquéllos se encontrasen vinculados". (10)

El problema que presenta un planteamiento de este tipo consiste en asimilar a la categoría de normas de aplicación inmediata la casi totalidad de normas del sistema, negándose con ello la necesaria especificidad de las relaciones jurídicas internacionales.

Por ello debe partirse de una interpretación restrictiva, pues de otra manera los tribunales y los funcionarios podrían tender al más radical de los nacionalismos jurídicos.

Otro elemento del que debe partirse para saber cuándo estamos en presencia de este tipo de normatividad es el de poder determinar en la intención del legislador, y de acuerdo a la materia de que se trate, si efectivamente se pretende una aplicación indiscriminada de la normatividad nacional. Para tratar de ubicar el concepto de este tipo de normas, vamos a referirnos a un ejemplo:

Según el artículo 8º. de la Ley Monetaria Mexicana:-

(10) CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; Derecho Internacional Privado; 1a. Edición, Madrid, Ed. Tecnos, 1971, pág. 203.

las obligaciones de pago en moneda extranjera, contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rijan en el lugar y fecha en que se haga el pago. De esta manera, en un contrato celebrado fuera de México, en el cual se convenga el precio en dólares estadounidenses, pero se establezca que deba pagarse en México, es decir, se trata de una típica relación jurídica internacional, la norma mexicana se limita a decir: en cuanto a la obligación de pago, esa relación se encuentra "nacionalizada" en la medida que no interesa en qué moneda se haya pactado el pago, pues el peso mexicano es moneda liberatoria en México. Se trata, pues, en estas condiciones, de una norma vinculada con la estructura financiera del Estado Mexicano y frente a la cual no cabe considerar elementos extranjeros.

En conclusión, la técnica de "normas de aplicación inmediata" es un procedimiento mediante el cual, de manera directa, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional con la aplicación del derecho nacional. Se trata, asimismo, de una técnica complementaria, en la medida que es reducido el número de este tipo de normas en el sistema.

B) NORMAS MATERIALES

De acuerdo con esta técnica, se pretende que el legislador, al expedir sus normas, y los jueces, al interpretarlas y dar solución a los problemas a los que se ha venido haciendo re-

ferencia, amplíen el ámbito regular de la normatividad interna, -
previendo supuestos y categorías que rebasen la experiencia jurí
dica nacional.

Según el español Miaja de la Muela, mediante este tipo
de regulación, no sólo se logra prever y solucionar problemas -
que se presentan fuera del ámbito regular de aplicación de las -
normas internas, sino que incluso puede preverse una solución -
contraria a la que el propio ordenamiento tiene prevista para -
sus relaciones privadas internas.

Carrillo Salcedo, por su parte, afirma que el carácter
internacional de una reglamentación de esta naturaleza no es el
resultado, como tradicionalmente se ha considerado al problema, -
de una relación necesaria entre el sistema nacional y un siste-
ma extranjero, sino de la adopción de un régimen jurídico mate-
rial, directo, distinto y aún contrario al que el ordenamiento -
del foro tiene previsto para las relaciones y situaciones inter
nas.

Para ejemplificar esto, vamos a referirnos a dos ejem-
plos del Derecho Positivo mexicano:

- a) El artículo 3°. , fracción III, del Código de Comer-
cio señala: "Se reputan en Derecho comerciantes:
III. Las sociedades extranjeras o las agencias y su
cursales de éstas que dentro del territorio nacio-

nal ejerzan actos de comercio".

- b) El artículo 258 de la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito señala: "Se aplicarán las leyes mexicanas sobre prescripción y caducidad de las acciones derivadas de un título de crédito, aún cuando hayan sido emitidos en el extranjero, si la acción respectiva se somete al conocimiento de los tribunales mexicanos".

En ambos casos, se trata de disposiciones nacionales en las cuales se regula de manera directa un supuesto de hecho extranjero. En el primer caso, por el hecho del ejercicio del comercio en México, el juez mexicano sabrá cómo considerar y a qué regulación someter a las sociedades extranjeras. En el segundo ejemplo, el supuesto de hecho (emisión del título) está previsto en su realización en el extranjero, y, sin embargo, la regulación sigue siendo directa.

C) DERECHO UNIFORME O CONVENCIONAL

Dentro de los sistemas modernos, existe una tercera tendencia denominada del "Derecho Uniforme o Convencional", que considera que toda vez que el conflicto de leyes es un problema internacional, en los Estados deben proliferar los tratados bilaterales y multilaterales tendientes a establecer reglas de solución de conflictos de leyes. Dada la precariedad de estas fuen-

tes internacionales, a falta de éstas, complementariamente deberá de acudirse a las fuentes internas del Estado bajo cuya jurisdicción se plantee el conflicto de leyes.

Sin embargo, no hay que olvidar que existen tantos derechos Internacionales privados como países hay en el mundo, y - que puede tenderse a la uniformidad y hay esfuerzos en ese sentido, pero que el grado de evolución de esta tendencia es muy lento, aunque hay que considerarlo como una meta, aunque sea a largo - plazo.

I.4 LA CALIFICACION

A) CONCEPTO

Los conflictos de calificación surgen cuando las normas conflictuales de dos o más Estados son coincidentes al estipular cuál es la norma jurídica competente para resolver el conflicto de leyes planteado; y cuando, no obstante la uniformidad en cuanto a las normas conflictuales, el alcance y significado de la forma y la capacidad son diferentes conforme a la legislación interna de los Estados relacionados con el conflicto de leyes; el conflicto de calificación es un conflicto acerca de la naturaleza misma de la institución.

Caicedo Castilla nos dice: "Calificar es, de consiguiente, determinar cuáles son esos elementos indispensables para que

una institución jurídica se considera como tal, y no como institución". (11)

Arellano García dice que la calificación "es la determinación de la institución jurídica en la que encaja la situación concreta que ha dado origen al conflicto de leyes". (12)

El conflicto de calificaciones es un conflicto contingente que no siempre se presenta. Hay conflicto de calificaciones cuando a una situación concreta se le puede ubicar en diversas figuras jurídicas.

Para comprender el problema de la calificación, transcribiremos un ejemplo citado por el maestro Arellano García a este respecto:

"El ejemplo clásico en materia de conflicto de calificación está en el testamento del holandés. Un holandés redacta en Francia un testamento ológrafo. Tanto en Francia como en Holanda la forma se rige por la ley del lugar de celebración del acto jurídico. La capacidad en ambos países se rige por la ley nacional. A pesar de esa uniformidad de reglas conflictuales, el alcance y

(11) CAICEDO CASTILLA, José Joaquín; Derecho Internacional Privado, pág. 313.

(12) ARELLANO GARCIA, Carlos; Derecho Internacional Privado; Ed. Porrúa; pág. 652.

significado o naturaleza del testamento ológrafo son diversos en Holanda y En Francia. En Francia es una cuestión de forma que el testamento se redacte en forma ológrafa por tanto, es aplicable la ley del lugar de celebración, o sea, la ley francesa; en cambio en Holanda, redactar un testamento ológrafo es una cuestión de capacidad dada la prohibición de la legislación holandesa para testar en esa forma, o sea, que es aplicable la ley nacional, en ese caso la holandesa.

En este caso, la situación concreta corresponde a la institución "forma de los actos" o a la institución "capacidad de las personas"; elegir a una de estas dos instituciones es calificar, o sea, es determinar a qué institución jurídica corresponde la situación concreta planteada". (13)

Ante la vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado pretendiendo regir una situación concreta, no se puede prescindir de ubicar la situación concreta en una figura jurídica determinada, para posteriormente determinar cuál es la norma jurídica aplicable.

En los ordenamientos jurídicos, las reglas de conducta mencionan figuras jurídicas, categorías o conceptos jurídicos como: forma de los actos, estado civil, capacidad, sucesiones, ma-

(13) Ibid; págs. 250 y 252.

rimonio, filiación, bienes, contratos, etc. Para estar en condiciones de aplicar esas normas jurídicas, es necesario ubicar las situaciones concretas de hecho dentro de esas figuras jurídicas, categorías o conceptos jurídicos.

Al surgir el conflicto de leyes, si la ubicación de la situación concreta se produce en el mismo concepto, categoría o figura jurídica por parte de las leyes de los Estados que se encuentran en conflicto de leyes, habrá únicamente conflicto de leyes y no conflicto de calificaciones. La calificación se habrá producido como cuestión previa a la búsqueda de la norma jurídica aplicable. En otros términos, en los conflictos de leyes siempre hay calificación pero no siempre hay conflictos de calificación.

Los conflictos de calificación surgen cuando la ubicación dentro de una institución, categoría, figura o concepto jurídicos, de una situación de hecho, es diversa según las normas jurídicas de los Estados cuyas normas jurídicas pretenden regir simultáneamente una sola situación de hecho. Es decir, la situación concreta se ubica conforme al Derecho de un Estado en una determinada norma jurídica y conforme a la norma jurídica del otro Estado, la situación de hecho se ubica dentro de diversa figura jurídica. Aquí es cuando surge el conflicto de calificación y debe resolverse antes de resolverse el conflicto de leyes; de lo contrario, no podrá resolverse el conflicto de leyes.

Por lo tanto, calificar es de importancia muy relevante porque siempre es necesario calificar en los conflictos de leyes, máxime que las normas conflictuales se refieren a figuras jurídicas para proponer reglas de solución de conflictos de leyes.

B) LEY COMPETENTE PARA FIJAR LA CALIFICACION

Las opiniones doctrinales son diversas y contradictorias y hoy no hay un criterio doctrinal uniforme sobre la determinación de la ley competente para fijar la calificación.

Las posturas doctrinales más importantes son:

CALIFICACION LEX FORI.

Este tipo de calificación consiste en que: para interpretar los conceptos establecidos por la norma de conflicto (forma de los actos, lugar de conclusión, contratos, etc.) hay que recurrir al derecho interno; así, el juez deberá recurrir a su propio derecho para saber que debe entenderse por forma del acto, por contrato de compraventa, etc.

Se han emitido argumentos a favor de la Lex fori como norma competente para resolver los conflictos de calificaciones:

- El tribunal debe aplicar las reglas de conflicto vi

gentes en su país, por tanto, deberá aplicar sus calificaciones nacionales.

- Si no se consulta la *lex fori*, se produce un círculo vicioso, ya que para determinar cuál es la norma competente para resolver el conflicto de leyes, es preciso determinar a qué institución se refiere ese conflicto de leyes; Niboyet termina diciendo a este respecto: "No se puede saber cuál es la ley extranjera competente si no se ha calificado con anterioridad aquello de que se trate. Hay que aplicar la *lex fori*, porque, a nuestro juicio, es materialmente imposible proceder de otro modo". (14)

- Miaja de la Muela, a su vez señala: "Psicológicamente, el juez opera durante toda su vida con el sistema de conceptos jurídicos contenidos en su legislación: no es posible exigirle que, en los contados casos en que se presente un conflicto de leyes, haya de dar un significado distinto a esos conceptos".(15)

Esta manera de llevar a cabo la calificación otorga una amplia facilidad al juez nacional; sin embargo, ha sido criticada por las siguientes razones:

- Se le otorga un predominio excesivo al derecho interno, siendo que se trata de un derecho celebrado con objeto de re

(14) NIBOYET; Op. Cit. pág. 347

(15) MIAJA DE LA NUELA; Derecho Internacional, Barcelona, pág.268

gir situaciones de carácter interno y en este tipo de situaciones se encuentran involucrados elementos extranjeros.

- Calificar de esta manera puede presentarse a que el juez nacional, al utilizar únicamente sus conceptos o categorías en relaciones que desbordan el derecho interno, pueda deformarlas mediante una interpretación restringida.

Estas críticas dieron origen a la aparición de una segunda tendencia radicalmente opuesta:

CALIFICACION LEX CAUSAE.

Los partidarios de esta tendencia consideran que la calificación debe ser hecha con base en la norma jurídica extranjera designada incluyendo sus propios conceptos o categorías, lográndose con ello conservar, con mayor precisión, la interpretación de la relación jurídica concreta.

Wolff considera a este sistema como el mejor al decir: "Es necesario partir del principio de que una ordenación de derecho internacional privado concibe todo precepto jurídico extranjero y toda institución jurídica en él basada de la misma manera que aquel mismo derecho extranjero concibe aquellos preceptos e instituciones, porque carece de una calificación jurídica propia para la creación del derecho extranjero y debe someterse, por lo tanto, a la calificación que el derecho extranjero haga de sus -

propias normas. Es la única manera de evitar la aplicación del derecho extranjero en forma que repugne al espíritu del Derecho". (16)

Al sistema de la *lex causae* se le ha objetado que no es posible calificar por la ley competente porque no se sabe cuál es la ley competente si previamente no se ha hecho la calificación.

Para superar esta objeción se ha pretendido por algunos autores que primero se haga una calificación por la ley *fori*, y ya designada la ley competente, se hará una calificación secundaria para determinar qué parte de la ley extranjera es aplicable.

El sistema de la *lex fori* tiene indudables ventajas prácticas, pero es contundente la crítica que se le hace en el sentido de que la *lex fori* no puede hacer la calificación si no se conoce la relación jurídica que se pretende calificar. Además, se admite la existencia de casos en los que no se aplica la *lex fori* como son: a) tratándose de la distinción entre bienes muebles e inmuebles en que es aplicable la ley de la ubicación de los bienes; b) en los casos en que tenga relevancia la autonomía de la voluntad en los que es aplicable no la *lex fori*, sino la ley establecida por los interesados.

(16) WOLFF; Op. Cit., pág. 95.

El sistema de la *lex causae* es muy razonable en cuanto a que si la ley extranjera es la competente, lo mejor es hacer la calificación conforme a esa propia ley extranjera, pero es insuperable la objeción que se le hace en el sentido de que no se puede determinar la competencia de esa ley extranjera si previamente no se hace la calificación.

Por todo lo expuesto podemos concluir:

- Para calificar y para resolver los conflictos que surjan sobre diversas calificaciones, debe acudirse a las fuentes formales. Debe verse si la fuente formal señala cómo debe calificarse o en caso de conflicto a qué ley le corresponde hacer la calificación.

- Las fuentes formales que deben determinar qué ley debe calificar son los tratados internacionales, y sólo a falta de éstos, la ley interna debe decir qué norma jurídica es la competente para calificar.

- Si los tratados internacionales y las normas internas son omisas en determinar qué ley es competente para calificar, el juzgador debe cubrir la laguna y crear la norma individualizada que le indique la competencia de la ley que ha de calificar.

- El creador de la norma internacional, el de la norma interna o el de la norma individualizada, debe establecer la re-

gla de competencia en materia de calificación que mejor realice los valores jurídicos, principalmente los de justicia, de seguridad o bien común y la que mejor satisfaga las necesidades humanas.

- No es posible que haya una sola regla general que fije la competencia de determinada ley en materia de calificación puesto que las materias en que se produce la calificación son muy variadas.

- Lo más recomendable es que las reglas de calificación se establezcan en los tratados internacionales, pues tan malo es calificar la institución por el derecho del país del juez cuando la aplicable es una norma extranjera que, calificar por el derecho extranjero que el juzgador no conoce en todo sus pormenores y alcances.

C) LA CALIFICACION EN EL DERECHO MEXICANO

En el Derecho Mexicano vigente, tenemos normas jurídicas de Derecho Internacional, contenidas en los tratados internacionales, que realizan una tarea calificadora. Es decir, determinan el significado y alcance de expresiones utilizadas en los propios tratados.

En el derecho interno mexicano, hay definiciones que constituyen típicas calificaciones, de esta manera el Código Ci-

vil para el Distrito Federal, establece lo que ha de entenderse por alimentos para el efecto de señalar el alcance de la obligación alimentaria. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se establece qué se entiende por documento público.

Independientemente de la calificación que se obtiene de disposiciones obligatorias, contenida esa calificación de manera expresa, también la calificación puede hacerse en el Derecho Mexicano por la clasificación de los preceptos en capítulos en los que se les da una ubicación a ciertas figuras jurídicas.

No debemos confundir entre la calificación propiamente dicha, con los conflictos de calificación. La calificación propiamente dicha se produce cuando se determina el alcance y significado de una expresión legal o de una figura jurídica. En cambio, los conflictos de calificación se producen cuando una sola situación de hecho es catalogada por las normas jurídicas o por los juzgadores de dos Estados distintos, como perteneciente a figuras jurídicas distintas.

Si esto es así, en el derecho internacional privado mexicano no encontramos ninguna disposición que prevea la manera de resolver los conflictos de calificación; y en tal situación, estamos ante una laguna legal en la que, el juez, deberá realizar una tarea integradora en la que la norma que resuelve el conflicto de calificación deberá estar apegada a los principios ge-

nerales del Derecho.

Como excepción a tan amplia generalización, podemos observar que el artículo 3°. de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo señala: "las calificaciones necesarias para la resolución de los conflictos de leyes, sin exceptuar la clasificación de bienes, serán las determinadas por la ley mexicana; salvo el caso que, conforme a las disposiciones mexicanas, el conflicto haya sido resuelto por la aplicación de la ley extranjera".

Como puede apreciarse, en esta disposición se establece, de manera general, la calificación *lex fori*, pero, si resulta aplicable la ley extranjera, será con base en ésta que se lleve a cabo la calificación, resultando así la *lex causae*. El problema práctico subsistente es en el caso de que la norma extranjera regule de diferente manera la institución de que se trate.

1.5 EL REENVIO

A) CONCEPTO

El supuesto esencial para que el reenvío se produzca - consiste en la existencia de un conflicto de leyes negativo, es decir, que las leyes de dos o más Estados juzgan como norma jurídica competente a la norma jurídica extranjera.

Si se aplica la norma jurídica interna extranjera que

ha sido juzgada como competente, no habrá reenvío.

Existen dos elementos básicos para que surja el reenvío:

a) Un conflicto negativo. Se requiere que haya un doble traslado en la legislación conflictual de dos o más Estados. Las reglas conflictuales de dos o más Estados, consideran aplicable una norma jurídica diferente a la de ellos. b) Una invocación de la norma conflictual del Estado cuya norma jurídica se juzga competente, porque si se aplica la ley material, de fondo, no se produce la remisión.

Niboyet define al reenvío: "Cuando, conforme a las reglas de conflictos de leyes de un país, la ley de otro país es competente. Habrá que aplicar las disposiciones de puro Derecho interno de este último país, o se aplicarán sus reglas de derecho internacional privado.

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

Si se recurre, por el contrario, a las disposiciones de conflictos de leyes formuladas por la legislación del país cuya legislación es competente, tenemos entonces, planteada la remisión; la solución del asunto se remite a la ley que las disposiciones de conflictos de leyes de dicho país declaren competente"(17)

(17) NIBOYET; Op. Cit. pág. 318.

El reenvío se produce cuando se reúnen los siguientes supuestos:

- a) La norma jurídica de un Estado considera competente a la norma jurídica de otro Estado.
- b) En lugar de aplicar la norma jurídica material de ese segundo Estado, se invoca la norma jurídica conflictual o formal.
- c) La norma de derecho internacional privado de ese segundo Estado remite a la norma jurídica de otro Estado.
- d) La norma jurídica que se aplica de un tercer Estado ya es la norma jurídica material.

La remisión es un medio para evadir la aplicación de la norma jurídica extranjera material que el propio derecho internacional privado del juzgador ha considerado competente.

B) CLASES DE REENVÍO

El reenvío puede ser de primer grado o envío simple, y de segundo grado o grado ulterior.

Es de primer grado o reenvío simple aquel supuesto en el que la norma jurídica del juez considera competente la norma

jurídica de un segundo país, se aplica la regla de derecho internacional privado de este país, la que a su vez estima competente la norma jurídica del país del juez.

En el reenvío de segundo grado o reenvío ulterior, la norma del derecho internacional privado del segundo país remite a la norma jurídica de fondo de un tercer país.

Para entender lo anterior, veremos un ejemplo citado por el maestro Leonel Pereznieto:

"Ante el juez de la Ciudad de México, se invoca la nulidad de un contrato celebrado en Argentina por razón de que no se cumplió con los requisitos de forma previstos en este país.

El juez mexicano consultará su norma de conflicto, es decir, el artículo 13 del CC, en este caso, que establece: los actos jurídicos en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde se pasen, y, puesto que en nuestro ejemplo el contrato se celebró en Argentina, el juez mexicano consultará las normas sustanciales argentinas correspondientes y constatará si efectivamente se ha cumplido o no con los requisitos de forma.

Ahora bien, si la remisión de la norma de conflicto es al derecho en su conjunto, incluyendo normas de conflicto, y -

normas sustanciales extranjeras, puede presentarse las posibilidades siguientes:

Primera.- Que las normas conflictuales extranjeras sean idénticas o semejantes a las nacionales. En este caso, se confirmará la remisión hecha al derecho extranjero por la norma de conflicto del foro.

Segunda.- Que las normas conflictuales extranjeras no sean idénticas o semejantes a las nacionales. En este caso surgen dos problemas:

Que las normas conflictuales extranjeras remitan a su vez al derecho del foro y que el juez del foro admita la remisión, configurándose con ello al reenvío simple; o bien, que las normas conflictuales extranjeras remitan a su vez al derecho de un tercer país, dando con ello lugar al reenvío en segundo grado.

C) EL REENVIO EN EL DERECHO MEXICANO

Antes de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 7 de enero de 1988, no existía en el Derecho mexicano ninguna disposición que aceptara o rechazara el reenvío, situación que no se dejaba sentir dada la territorialidad predominante hasta entonces existente.

En los casos en que la ley mexicana juzgara competente

la norma jurídica extranjera, no se sabía si la norma aplicable era la de tipo material o la conflictual. Se sobreentendía que era la material, pero por interpretación jurídica y no por clara disposición expresa, y para decidir el juzgador si la aplicable era la norma jurídica extranjera material o la norma iusprivatista extranjera, podía acudir a los principios generales del Derecho.

Sin embargo a raíz de las mencionadas reformas, se llenó tal laguna legal, al incluirse expresamente dentro del texto del art. 14, fracción II del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, lo siguiente:

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

Con esto, viene a establecerse claramente que el reenvío se hará a la norma jurídica material extranjera, y sólo excepcionalmente, a la norma iusprivatista extranjera.

Un ejemplo de lo anterior, es el señalado en el cuarto párrafo del artículo 3° de la Ley de Navegación y Comercio Marítimas, que permite el reenvío al establecer:

"Si de acuerdo con las leyes del Estado extranjero, de claradas competentes por las leyes nacionales, da lugar para aplicar las leyes mexicanas, serán éstas las que deben aplicarse".

1.6 CUESTION PREVIA

Una vez designado el derecho aplicable, nacional o extranjero, puede surgir una situación parecida al reenvío y es llamada "cuestión previa" o "cuestión preliminar".

"La cuestión previa, como problema específico del derecho conflictual, surge en el momento de la aplicación de una ley material extranjera a un cuestión de derecho (llamada principal, cuestionada o dependiente que a su vez produce otra cuestión), (prejudicial, incidental o condicionante) a la cual se encuentra vinculada por un nexo 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*)". (18)

(18) AZEVEDO NORIEGA, Citado por PEREZNIETO; Op. Cit., pág. 275.

Al fin de aclarar más este concepto, vamos a referirnos a un caso resuelto por la Corte de Casación Francesa en 1931, considerado el punto de arranque de este concepto. Para este efecto, transcribiremos el resumen del caso:

Se trata de una familia inglesa, originaria de la India donde habitaba. El jefe de la familia era dueño de una gran fortuna, constituida en parte por inmuebles situados en lo que entonces era territorio francés (Cochinchina). Tenía varios hijos legítimos, y uno adoptivo.

La adopción se había hecho conforme a la ley de la India. El hijo adoptivo, fallecido antes que su padre adoptante, había dejado un hijo legítimo. El jefe de la familia fallece en 1925 y deja un testamento hecho en noviembre de 1922 ante un notario de las Indias francesas, por el cual deshereda a su "nieto" adoptivo. Este, representado por su madre, impugnan el testamento, en razón de que la ley francesa llama a la sucesión en calidad de heredero legitimario al "nieto" adoptivo, que por derecho de representación ocupa el lugar de su padre premuerto. El tribunal de Saigón en 1928, la Corte de Saigón en 1929 y la Corte de Casación en 1931, rechazan la demanda sosteniendo que, si bien la adopción es válida, según la ley de la India (ley personal del adoptante y del adoptado y que sería la aplicable si la validez de la adopción fuese el único problema planteado), no es válida la adopción de acuerdo con el derecho francés que rige la sucesión prohibiendo, el artículo 344 del Código Civil Francés, -

la adopción realizada por una adoptante con hijos matrimoniales.

El derecho inglés, en aquella época, a diferencia del francés, no concedía a los descendientes matrimoniales derechos legitimarios, razón por la cual desde el punto de vista inglés, nada obstaba a que el padre de hijos matrimoniales adoptara a un tercero.

De este resumen de hechos, la cuestión principal se refiere a la sucesión y la cuestión previa o preliminar a la determinación de la validez de la adopción. El Tribunal y la Corte de Saigón (francesas en aquella época), así como la Corte de Casación de Francia, aplicaron el Derecho Francés como derecho para regir la sucesión conforme al principio *lex rei sitae*, es decir, al estar los bienes inmuebles ubicados en territorio francés, era el derecho de este lugar el aplicable (cuestión principal) - específicamente las normas conflictuales que serían las que determinan lo relativo a la adopción. O sea, la cuestión prejudicial o cuestión previa no fue objeto de una conexión autónoma (en caso de que se hubiese dado, se hubiera aplicado el Derecho hindú, derecho inglés en la época que validaría la adopción: *lex formalis fori*), sino de una conexión subordinada al derecho aplicable a la sucesión: *Lex formalis causae*.

Al decir que la cuestión previa debe subordinarse a la cuestión principal, lo que se está afirmando es que el Derecho competente para regir la cuestión principal debe respetarse en -

su integridad y, por tanto, con sus normas conflictuales, pues de otra manera podríamos provocar una desnaturalización de ese derecho extranjero competente y entorpecer la correcta coordinación de los sistemas jurídicos.

Sin embargo, el art. 14, fracc. IV del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, establece que las cuestiones previas preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última.

Disposición con la que no estamos enteramente de acuerdo, ya que como se apuntó anteriormente, la subordinación de la cuestión previa a la cuestión principal, logra la mejor coordinación de los diferentes sistemas jurídicos.

CAPITULO II

APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO

II.1 SISTEMAS SEGUIDOS EN LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO

Existen principalmente dos desarrollos doctrinales que pretenden explicar la naturaleza y el modo de llevar a cabo la aplicación de una norma extraña dentro del sistema jurídico nacional. Se trata de 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.

A). TEORIA ITALIANA

Para esta doctrina, el derecho extranjero no es derecho, porque el derecho que no está en vigor en un país no puede tener ningún efecto jurídico en aquel país; por esto, el derecho extranjero debe llegar a ser parte del derecho local del país en que se aplica.

Esta teoría considera que el foro aplica siempre su propio derecho; y que en un caso que contengan elementos extranjeros "incorpora" algunas reglas jurídicas extranjeras a su propio derecho, y que "el foro modela su propia regla de derecho aplicable sobre la regla extranjera de derecho". (1)

En la doctrina italiana, existen a su vez dos varian--

(1) WOLFF, Martín; Op. Cit., pág. 208.

tes:

- Conforme a la primera, la norma de conflicto del foro, al designar a la norma extranjera aplicable, cumple además con otra función. Se dice que mediante este proceso, la norma ex extranjera deja de tener tal carácter para convertirse en una norma nacional. Al producirse esta "nacionalización" normativa, el juez nacional puede, además, interpretarla como el resto de normas del sistema.

- De acuerdo con la segunda variante, se niega que la norma de conflicto "incorpore" o "nacionalice" a la norma jurídica extranjera. La función de la norma de conflicto es la de crear una nueva norma jurídica en el sistema, es decir, se tratará de una fuente de creación normativa.

B) TEORIA INGLESA

Reconoce que lo que el tribunal aplica a los hechos es tablecidos ante él, es derecho, no simple hecho, ya que es carente de sentido decir que un juez aplica un hecho a hechos.

Aunque el derecho extranjero que el tribunal tiene que aplicar continúa siendo derecho, es en algunos aspectos tratado muy diferentemente del derecho propio del tribunal. Esto es así porque no se puede esperar que el juez lo conozca como conoce su propio derecho.

Los tribunales ingleses tratan el contenido del derecho extranjero como si fuera un hecho extralegal, que no se puede esperar que conozca el juez. No usa, simplemente a las partes o a sus abogados como sus ayudantes para establecer el contenido del derecho; las partes tienen que probar el derecho extranjero del mismo modo que prueban puros hechos. El conocimiento de este derecho lo logra exactamente igual como cuando tiene conocimiento de hechos que le son presentados por las partes litigantes. El juez está capacitado a atraer la atención del abogado sobre algún punto del derecho extranjero no puesto en evidencia por ellos. El medio por el que se prueba este derecho es el testimonio de testigos expertos.

Como consecuencia de considerar o no al derecho extranjero como derecho en el foro, surge una división doctrinal acerca de si la norma jurídica extranjera debe ser aplicada de oficio por el juez nacional, o si bien, para aplicarla debe probarla quien lo invoque.

Son pocos los países que obligan a los jueces nacionales a aplicar de oficio la norma jurídica extranjera; tal es el caso de la República Federal Alemana, Italia, y, en algunos casos, España.

La aplicación de la norma extranjera a petición de parte interesada, se explica por la razón de que el juez nacional conoce y aplica su propia ley (*iura novit curia*) y aplicar una

norma jurídica extranjera presenta algunas dificultades para el juez.

En cuanto a las dificultades en la interpretación del Derecho extranjero, éstas han sido solucionadas por los tribunales, bien mediante el sistema de la incorporación, o de acuerdo con el proceder inglés, es decir, dotando al juez nacional de amplias facultades de interpretación.

En caso de que el derecho extranjero no pueda probarse, el camino a seguir tiene relación con el sistema de que se parta. Si la invocación del derecho extranjero equivale a una carga de la prueba y ésta no se obtiene, el juez nacional deberá resolver conforme a los elementos con que cuenta, y en este caso, con base en su propio derecho.

En los sistemas en los cuales la aplicación del derecho extranjero debe hacerse de oficio, al no encontrarse el derecho aplicable puede recurrirse al método comparativo conforme al cual se busca una opinión aproximada del derecho en cuestión. Una de las formas de lograrlo es realizar un estudio de los sistemas jurídicos semejantes al que se trata de encontrar, a fin de saber de qué manera se encuentra regulada tal o cual institución.

En última instancia, en estos casos extremos procederá también la sustitución del derecho extranjero por el nacional, a fin de resolver la situación. Además la interpretación dada al -

derecho extranjero varía conforme al sistema de que se parte.

Así, en un sistema como el italiano de la incorporación, el juez puede interpretar libremente el derecho extranjero por ser considerado como derecho nacional. El control interpretativo será llevado a cabo por los tribunales superiores de la misma forma como se haría tratándose de derecho propio. El problema que éste procede, implica consiste en que, tratándose de derecho extranjero, los tribunales italianos pueden establecer jurisprudencia que incluso puede diferir de la establecida en el país de origen de ese derecho.

En el sistema inglés, la apreciación de interpretación que puede llevar a cabo el juez del derecho extranjero, son sumamente amplias, pues equipara a la que lleva a cabo con cualquier otro hecho en el proceso; pero, esta amplia libertad suele tener límites: "el juez viola la regla de conflicto no sólo cuando no aplica el derecho extranjero designado, sino incluso cuando lo aplica de manera imprecisa". (2)

II.2 EXCEPCIONES A LA APLICACION DE LA NORMA JURIDICA EXTRANJERA

Una vez que el conflicto internacional de leyes planteado se ha resuelto, y se ha determinado la competencia de la

(2) ZAJTAY, Citado por Pereznieto Castro, Leonel; Op. Cit. pág. 286.

norma jurídica extranjera, no siempre es ésta susceptible de aplicación. Son por el contrario, frecuentes los supuestos en que determinados obstáculos se oponen a regir el caso en presencia de la legislación designada por el punto de conexión contenido en la regla conflictual.

Entre estas excepciones, una se encuentra admitida en todos los sistemas de normas conflictuales, la inaplicabilidad de leyes inspiradas en concepciones morales contrarias a las vigentes en el país del juez. Tal excepción es la conocida con el nombre de orden público. Otras excepciones, como el fraude a la ley, el interés nacional, el desconocimiento en el foro de la institución extranjera aplicable y la reciprocidad, aparecen con menos frecuencia en los fallos de los tribunales, y casi nunca en las normas escritas de derecho internacional privado, con la salvedad de la llamada de Interés Nacional, que por otra parte, no posee la generalidad de las otras excepciones, sino que actúa únicamente en una determinada materia jurídica, la capacidad de obrar de los extranjeros.

A) EL ORDEN PUBLICO

La idea de que la ley normalmente competente debe quedar inaplicada cuando el resultado de esta aplicación resulte incompatible con las concepciones morales fuertemente arraigadas en el país del juez aparece ya en los orígenes del derecho internacional privado: a ella responde la noción estatutaria de que -

mientras los estatutos favorables pueden obtener aplicación extraterritorial, no son susceptibles de ella los estatutos odiosos, distinción que ofrece un claro parentesco con lo que después iba a denominarse Orden Público. Esta noción, en cuanto a excepción a la aplicación de la ley extranjera declarada competente por la norma de conflicto, va a surgir con mayor claridad en el momento que estas normas aparecen incluidas dentro de los Códigos Civiles. Esta orientación jurídica es suficiente para que en cada Estado existan preceptos de Derecho que se estiman tan fuertemente basados en concepciones morales que descartan la aplicación de cualquier ley en contrario.

Con objeto de limitar el alcance de la noción de "orden público" en materia conflictual, es conveniente hacer dos distinciones entre lo que debe entenderse por orden público en derecho interno y lo que se entiende por orden público en derecho internacional.

El concepto de orden público a nivel interno, se encuentra contenido en el artículo 6°. del Código Civil para el Distrito Federal:

"La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de terceros".

A este respecto , Jurisprudencia ha establecido:

"...Para que el orden público esté interesado, es preciso que los intereses de que se trate, sean de tal manera importantes, que, no obstante...la adquiscencia - del interesado, el acto prohibido puede causar un daño a la colectividad, al Estado o a la Nación. (Semanao Judicial de la Federación, T. XXXVIII, p. 1334).

De esta manera, el concepto de orden público en el derecho interno, significa un límite a la autonomía de la voluntad. Mientras que en el derecho internacional privado, dicho concepto tiene una connotación diferente. Se trata de un medio de que se vale el organo aplicador del derecho, normalmente el juez, para impedir la aplicación en el foro de la norma jurídica extranjera competente.

En la práctica, es extremadamente difícil captar en un sistema conflictual estatal todas las posibilidades de que aquellas de sus normas que disponen la aplicabilidad de leyes extrangeras no entren en juego por la excepción de orden público. En los tratados internacionales existe, además, el inconveniente de que cada uno de los Estados signatarios puede prescindir de la aplicación de las leyes extranjeras de una manera desigual, ya que las leyes del foro de absoluta imperatividad, varían de unos a otros.

Es deseable por tanto, que lo mismo las normas de conflicto estatales que las internacionales, vayan acompañadas de fórmulas de orden público o cláusulas de reserva lo suficientemente claras para ofrecer un criterio seguro a los juzgadores y dejar el mínimo arbitrio posible a éstos en la aplicación de la excepción. Técnicamente existen dos formas de realización de esta exigencia: una fórmula general de posible aplicación a todos los casos de competencia normal de una ley extranjera y fórmulas especiales para todos o los más frecuentes de éstos casos.

Esta dificultad de precisión queda evidenciada por la doctrina: así se ha dicho que el juez utilizará el medio que re presenta el concepto de orden público para evitar, según Savigny y Bartin, la admisión de elementos en una determinada comunidad de derechos, o en la comunidad jurídica o; según Niboyet, para conservar un "mínimo de equivalencia de instituciones" o bien, como lo afirma Lerebours-Pigeonniere, para preservar una cierta "política legislativa" o para defender los principios de las "naciones civilizadas".

El orden público posee una esfera de eficacia puramente estatal; ningún Estado puede tener en cuenta más que su propio orden público, y no el de un país distinto.

Respecto al punto que analizamos, cabe hacer una crítica: Mientras ante la ley de su propio Estado el juez debe limitarse a un leal cumplimiento, cualquiera que sea la opinión de -

su justicia y oportunidad le merezcan, respecto a la ley extranjera, está obligado a una labor valorativa, cuyo resultado le puede conducir a declararla inaplicable por su oposición al orden público de su patria. La doctrina se muestra unánime en reconocer la necesidad de esta valoración judicial puesto que es imposible una previsión anticipada de todos los casos de orden público y - en que, como consecuencia de ella, el juzgador puede descartar - la ley extranjera normalmente aplicable.

Pero existe también conciencia en considerar como súmamente peligrosa esta facultad en tribunales naturalmente inclinados a seguir el camino del menor esfuerzo, la aplicación de sus propias leyes materiales.

Ante esta doble realidad, cabe preguntarse por los medios de remediarla, siquiera sea parcialmente. Durante mucho tiempo, se creyó que la oposición radical entre las distintas legislaciones estaba llamada a desaparecer con la extensión de la civilización europea a otros continentes, de tal suerte que la cláusula de reserva viese reducida cada vez más su esfera de aplicación.

Tenemos el caso del régimen soviético, cuyos ordenamientos jurídicos han sido tenidos por inaplicables en muchas materias por jueces de países poseedores de otros sistemas morales y jurídicos. Persiste también la diferencia entre los Estados - que basan su derecho matrimonial en el carácter civil y en la di

solubilidad del vínculo y los inspirados en la sacramentalidad e indisolubilidad. En los Estados Unidos hay discriminaciones legales entre blancos y hombres de color.

Lo único que cabe es no aplicarlo más que en casos extremos, y cuando la inaplicabilidad del derecho extranjero sea absolutamente necesaria, graduar sus efectos dejando a salvo siempre que se pueda los derechos adquiridos.

B) EL FRAUDE A LA LEY

No es éste un concepto exclusivo del derecho internacional privado, sino que fue conocido de antiguo en diversos ordenamientos, especialmente en Derecho Romano, cuyo extremo formalismo daba lugar a ingeniosas conductas mediante las cuales era quebrantado el espíritu de la ley mientras su letra era cumplida. Las amplias facultades del pretor lo facultaban a anular este tipo de negocios jurídicos al igual que aquellos otros en que la letra del ordenamiento legal había sido violada.

El fraude, pues, consiste en la realización de un acto lícito para la consecución de un resultado antijurídico. Es un medio de vulnerar leyes imperativas, lo que le aproxima a otros procedimientos, tales como el dolo civil y el fraude de acreedores.

El derecho internacional privado ofrece un campo apro-

piado para este tipo de actos fraudulentos. La regulación de ciertos negocios jurídicos, depende de un punto de conexión. Cuando este punto de conexión es variable, tal como la nacionalidad o el domicilio de quien pretende realizar el acto, el cambio de punto de conexión ofrece la posibilidad jurídica de algo vedado por el Derecho del país a que el interesado estaba antes conectado.

El derecho interno posee dos medios de defensa contra el fraude a la ley: Preventivo y Represivo.

Por el primero puede impedir la realización de un acto lícito cuando el encargado de autorizarlo percibe claramente la producción de un resultado antijurídico. Si estos medios preventivos no han sido suficientes para evitar el negocio fraudulento, en el momento de pretender obtener el resultado ilícito, éste puede ser descartado por medio de una nulidad del acto que le produjo.

Correlativamente, en derecho internacional privado, ante una conexión fraudulenta, cabría también la prevención y la represión. La primera en el país en que el acto fraudulento va a realizarse, en virtud de la especial calidad de la persona antes conectada con una legislación prohibitiva de aquel acto, aunque éste sea lícito allí donde va a ser realizado para quienes siempre han sido sus nacionales. Aunque este procedimiento sea preferible a una declaración posterior de nulidad, no suele usarse en la práctica.

Lo normal es que el país en que el acto se realizó no tenga preocupación alguna por la procedencia de la persona que ejercita un derecho concedido por sus leyes, y cuyo normal resultado se conforma también con la letra y espíritu de éstas. Es el país de cuyo ordenamiento jurídico se evadió el interesado en el negocio fraudulento el que puede tener interés más tarde en declararlo nulo. Ordinariamente esta nulidad no constituirá una pretensión formulada con carácter principal dentro de un proceso, sino que surgirá en él como cuestión incidental, apreciable de oficio o suscitada por vía de excepción contra la pretensión de la que sea supuesto de validez del acto fraudulento.

En cuanto a la forma de violación, mientras en el orden público existe una contrariedad objetiva con los principios defendidos, en el fraude, tal contrariedad sólo puede afirmarse después de una reconstrucción de los hechos que demuestre la intención fraudulenta.

A diferencia de lo que ocurre con la excepción de orden público, los sistemas estatales de reglas de conflicto no suelen mencionar la oponibilidad del fraude a la ley a la aplicación de las extranjeras. La admisión de esta excepción y la fijación de sus efectos queda así abandonada al criterio judicial en la mayor parte de los casos.

Dada la parquedad de reglas legales sobre la evasión en derecho internacional privado, no es fácil la exacta fijación

de sus efectos. En algunos casos ni la infracción abierta de la ley ni la fraudulenta llevan consigo la nulidad del acto realizado.

En otros supuestos en que el fraude consta de una pluralidad de actos (naturalización en otro país y divorcio), la jurisprudencia de los países que admiten el fraude es vacilante - acerca de si la nulidad alcanza a ambos actos o sólo al segundo. Esta última solución es la lógica para Adolfo Miaja, ya que: "si la naturalización es válida, el divorcio pronunciado en el extranjero afecta a personas que han dejado de ser nacionales y carecen de contacto actual con la legislación del país defraudado. Declarar, por el contrario que una persona no posee la nacionalidad - que le confiere otro estado es claramente mezclarse en asuntos interiores de éste". (3)

C) EL INTERES NACIONAL

Otra restricción a la aplicación de las leyes extranjeras declaradas competentes por la norma de conflicto, opera tan sólo en lo referente a la capacidad de obrar de las personas.

El fundamento de esta excepción, basada en la protección del tráfico jurídico de buena fe, está razonado por Wolff:

(3) MIAJA DE LA MUELA, Adolfo; Op. Cit., pág. 396.

"Si se impusiera exclusivamente la vigencia del derecho nacional, se perjudicaría la marcha legal de los negocios: el que contrata con un extranjero debería informarse previamente de los requisitos que el Derecho extranjero establece para la capacidad contractual, y el que de buena fe no se diera cuenta de que la persona con quien contrata es extranjera, se expondrá a grandes daños, sin que se le pudiera impugnar el haber obrado con negligencia". (4)

Esta excepción no actúa con generalidad, sino únicamente en una determinada materia jurídica, la capacidad de obrar de los extranjeros.

El inicio de esta excepción en la aplicación de leyes extranjeras, es una sentencia dictada por la corte de Casación Francesa de 1861, en el asunto Lizardi.

Lizardi era un mexicano de veintiún años de edad, pero que conforme a su ley nacional, aún no había alcanzado la mayoría de edad. Realizó diversos contratos en Francia y éstos estaban afectados de nulidad en virtud de su incapacidad. A pesar de lo anterior, la Corte de Casación declaró válido uno de aquellos contratos, por estimar inaceptable que se defraudara la buena fe de los franceses que tuvieron relación contractual con Lizardi. Esta apreciación constituye una defensa del interés de las perso

(4) WOLFF, Citado por Miaja de la Muela; Ibid. pág. 398.

nas del país de recepción de la norma jurídica extranjera y de ahí la denominación de "Interés nacional".

D) DESCONOCIMIENTO EN EL FORO DE LA INSTITUCION EXTRANJERA APLICABLE

Cuando la Institución jurídica extranjera es desconocida en el Estado que debe aplicar el derecho extranjero, material en virtud de que así lo dispone la norma jurídica conflictual - "el desconocimiento de una institución en otro derecho sólo puede ser causa de inaplicación de las leyes que la regulan en el supuesto de una imposibilidad técnica de su puesta en práctica".(5)

En relación con esta excepción, puede mencionarse el caso del "María Luz": un buque de bandera peruana, en el año de 1870, en una travesía de China al Perú llevaba a bordo coolies chinos, auténticos esclavos. Hubo una arribada forzosa a Japón, en donde se dio libertad a los chinos. Japón sostuvo que no podía reconocer en ese país un derecho de propiedad sobre personas. La ley peruana establecía aún la institución de la esclavitud, mientras que en Japón esa era ya una institución desconocida en materia del derecho de propiedad. (6)

(5) ARELLANO GARCIA Carlos; Derecho Internacional Privado, 1981, pág. 682.

(6) Citado por Niboyet, Op. Cit., pág. 296 y 297.

E) LA RECIPROCIDAD

Aunque la norma jurídica aplicable sea extranjera, conforme a la norma conflictual internacional o interna que rigió, tal norma jurídica puede dejarse de aplicar por razones de reciprocidad. Para que se produzca esta excepción es necesario que el Derecho propio establezca esta excepción.

De todas las excepciones señaladas, las únicas contempladas expresamente en nuestro Derecho, son las relativas al Fraude a la Ley y al Orden Público, ambas contenidas en el art. 15 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal.

Por lo que se refiere a la excepción del desconocimiento en el foro de la institución extranjera aplicable, señalada por la doctrina, el sistema jurídico mexicano la rechaza al disponer expresamente en el artículo 14, fracción III del citado cuerpo legal que: "No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos".

Esto es, se aplicará el derecho extranjero, siempre y cuando existan instituciones o procedimientos análogos a la institución extranjera aplicable que sea desconocida en el foro.

ESTA TESIS
SALIR DE LA
BIBLIOTECA
NO DEBE

CAPITULO III

ANTECEDENTES EN CUANTO A LA APLICACION

DEL DERECHO EXTRANJERO

III.1 ANTECEDENTES DOCTRINALES

En el presente capítulo intentaremos exponer las tendencias más significativas dentro de la teoría general de conflicto de leyes, que desde la época antigua hasta la actualidad han comportado rasgos, ya sea territorialistas, o bien, unilateralistas a fin de ubicar doctrinalmente nuestro sistema jurídico en dicha materia, dentro del marco teórico que le corresponda.

A) EPOCA ANTIGUA

GRECIA

Durante el período clásico de la antigua Grecia (debido principalmente a la existencia de numerosos pequeños Estados pertenecientes al Imperio Griego, con legislación diversa, y a la circulación de personas y mercancías entre ellos) se plantearon varios casos, en los cuales cabe suponer, hubo aplicación simultánea de leyes diferentes.

ROMA

El ius civile romano era el estatuto personal de los ciudadanos romanos, mientras que los peregrinos de una misma ciudad quedaban regidos por la ley de su origen; sin embargo, para juzgar las relaciones entre ciudadanos romanos y peregrinos o entre peregrinos procedentes de diversas ciudades, el pretor se inspiraba en el ius gentium, mismo que contemplaba a los hombres

libres que no pertenecían a ninguna ciudad y que por lo tanto, - no tenían ley nacional, como era el caso de los peregrinos dedic ticios.

Cabe señalar que el ius gentium no fue un cuerpo de le ues a semejanza del ius civile, sino una actitud filosófica en - la cual el pretor basaba sus decisiones.

De la época del principado, en la cual el derecho roma no llegó a su máximo florecimiento, han llegado a la actualidad - varios testimonios escritos en los que se plantea el problema de la aplicación de leyes diversas.

Por lo que hace a la última época del principado, pe- ríodo de la dominación romana sobre Egipto, esta provincia al - permanecer con cierta autonomía, incluso de carácter legislativo, provocó la necesaria determinación de la aplicación de diferentes sistemas jurídicos vigentes, a saber: el egipcio, el griego y el romano.

LA TERRITORIALIDAD DEL DERECHO

A la caída del imperio romano, la personalidad de las leyes subsistió hasta el surgimiento, en los albores de la Edad Media, del feudalismo. La transición entre personalidad y territorialismo fue lenta pero definitiva. La "lex fundi" cambió la - concepción jurídica de muchos pueblos. El vasallo quedó sometido

al dictado del señor feudal, conservando únicamente los derechos que éste disponía. Los derechos y obligaciones del vasallo en el siglo XI en Francia, fueron conocidos bajo el nombre de las "con^osetudines".

Henri Batiffol sintetiza la naturaleza del territorialismo feudal en la manera siguiente:

"Dentro de cada territorio una sola ley se aplicaba, - cualesquiera que fuesen las personas en causa, los bienes en juego, los actos en litigio. Era la ley expedida o admitida por la autoridad local". (1)

De esa manera se excluía toda la posibilidad de elaboración de un sistema de conflicto de leyes.

Este territorialismo feudal no tuvo raíces muy profundas en la península itálica, lo que aunado a la proximidad de las ciudades y al tránsito entre éstas de personas, así como al desarrollo del comercio, provocó la aparición de la concepción moderna de la teoría de conflicto de leyes, principalmente por la escuela italiana de los posglosadores.

(1) Citado por Pereznieto Castro Leonel; Op. Cit., p. 53.

LA ESCUELA ITALIANA DE LA EDAD MEDIA

Mejor conocida con la escuela italiana de los estatutos, aunque no fue la única en esa época.

LOS GLOSADORES

La Escuela de Derecho Romano del siglo X, cuya sede estaba en Boloña, puede ser considerada como la precursora de estudios posteriores en materia de estatutos. Posteriormente Acursio, en su glosa "Ordinaria", afirma el principio de "lex fori". Esta glosa plantea de manera precisa la cuestión relativa a la determinación del campo de aplicación de las leyes en el espacio. Más tarde, Acursio logra influir en forma directa a la escuela de los posglosadores.

LOS POSGLOSADORES

Muchos son los autores que a principios del siglo XIII influyeron en el desarrollo de la teoría de los estatutos, consolidando así el segundo florecimiento de la escuela de Boloña, a finales de ese mismo siglo y principios del XIV, el más destacado de entre ellos fue el jurista Bartolus de Saxofferranto (1314-1357).

Bartolus establece la distinción entre los estatutos reales y los estatutos personales, de donde determina que el primero debe tener efecto territorial, en tanto que el segundo -

extraterritorial, bajo ciertas condiciones. En el caso del primero, la ley que lo va a regir, es la de la ubicación de las cosas: "lex rei sitae". En cuanto al segundo, hay que distinguir entre los estatutos personales que permiten ciertos actos y aquellos - que los prohíben, éstos a su vez, se subdividen en estatutos odiosos y en estatutos favorables. Sólo los estatutos prohibitivos - que son favorables, tienen efecto extraterritorial.

Asimismo, Bartolus desarrolla la idea respecto a las - solemnidades que exigen ciertos actos, debiendo éstas regirse - por la ley del lugar donde el acto fue celebrado. Considerando - a dichos estatutos dentro de una tercera categoría entre los es- tatutos personale sy los reales. El principio "locus regit actum" de acuerdo a la concepción de Bartolus resultaba una regla que a diferencia de su concepción actual, era entendida de manerra obligatoria.

Lo más importante es destacar que la escuela de los - desglosadores establecer por primera vez las bases modernas de - la teoría general de conflictos de leyes; deja asentados los dos puntos base, en torno a los cuales girará en lo sucesivo el fenó- meno de aplicación de las leyes: la soberanía personal y soberanía territorial.

LA ESCUELA FRANCIASA DEL SIGLO XVI

En esta escuela son básicamente dos autores los que des

tacan: Charles Dumolin y Bertrand d'Argentré.

Dumolin desarrolla su obra basado en las glosas elaboradas por la escuela italiana. Es considerado como continuador de la corriente de los posglosadores. En el presente capítulo sólo nos referiremos a la obra de d'Argentré.

El sistema de d'Argentré se basa en dos principios fundamentales; si se trata de cosas relacionadas con el suelo, como es el caso de inmuebles o herencias y éstos se encuentran ubicados en diferentes lugares, para saber qué leyes les deben ser aplicables en cada lugar, se deberá seguir la ley de la ubicación de la cosa. Si por el contrario, se trata del derecho de personas o el relativo a los muebles, que para d'Argentré es idéntico al que aquellos, deberá ser regido por la ley del domicilio. Pero estos principios no son iguales en importancia, el segundo debe quedar subordinado al primero, como regla excepcional a la regla principal. Esta regla principal responde al principio establecido, de que "las costumbres son reales".

D'Argentré concibe un tercer estatuto, el mixto, en el cual existe ingerencia, tanto de personas como de bienes.

Finalmente, cabe apuntar que d'Argentré justifica la aplicación excepcional de las costumbres extranjeras en territorio nacional, en base a la justicia y la equidad, criterio de poca solidez jurídica.

Las ideas de este autor no tuvieron acogida en el resto del territorio francés, ya que precisamente en esa época se inicia el movimiento de centralización bajo una sola corona.

LA ESCUELA HOLANDESA DEL SIGLO XVII O DEL COMITATUS GENTIUM

La influencia de la escuela Francesa del siglo XVI, específicamente de la doctrina de d'Argentré, es un hecho. La situación política de Flandes y Países Bajos, que sufrían de prolongadas invasiones austriacas y españolas, hizo necesaria la aceptación de conceptos jurídicos particularistas, o "territorialistas", que coadyuvasen a consolidar su autonomía.

En los Países Bajos, territorio donde convivían numerosas ciudades con diferentes ordenamientos jurídicos, el problema de conflicto de leyes, sobre todo por el auge del comercio, surge necesariamente. Ante esta situación, desde principios del siglo XVII, algunos autores continuaron desarrollando las ideas de d'Argentré.

Es hasta la segunda mitad del siglo XVII, que esta escuela llega a su pleno florecimiento, mismo que es iniciado por Paul Voet y continuado por su hijo Jean Voet y Ulrich Huber. Quizás uno de los problemas que con mayor dificultad se les presenta, es el de tratar de explicar la contradicción de d'Argentré, a saber, de exceptuar el principio territorial, a fin de obtener la apli-

cación de las leyes extranjeras. Negar el efecto extraterritorial de las leyes resultaba imposible, Huber y Jean Voet intentaban explicarlo.

Huber arguyendo que en ocasiones excepcionales, el orden jurídico local se encuentra interesado en aceptar la aplicación de una ley extranjera para preservar ciertos derechos que pudieron haberse adquirido en el extranjero, con lo cual se inicia, de manera todavía limitada, la idea del efecto de los derechos adquiridos en el extranjero, que resulta una "transición entre la noción de la *edad Media* de los estatutos odiosos y la teoría moderna del orden público". (2)

Por su parte, Jean Voet, explica que "todo Estado legisla para su colectividad, la cual, él mismo personifica, y son sus propias leyes las que se aplican dentro de su territorio. El Estado en estas condiciones, no tendrá ninguna obligación de aplicar la ley extranjera, pero cuando por excepción se le presente la posibilidad, podrá hacerlo en virtud, únicamente del principio de la "comitas o excomitate" o sea, por cortesía". (3)

Esta explicación resulta poco sólida, "ya que el *comitas gentium* (noción del derecho internacional público) es de ca-

(2) Ibid. pág. 277.

(3) Id.

rácter gracioso y no responde a ningún deber jurídico, y provoca que la reglamentación de conflicto de leyes dependa de un concepto empírico, a más de comprender igualmente del capricho del soberano". (4)

B) EPOCA MODERNA

En la época moderna, la gran mayoría de doctrinas en materia de derecho internacional privado, se encuentran divididas en dos grupos, que incluso en ocasiones, se han llegado a considerar opuestos entre sí. Por un lado podemos clasificar aquellas teorías que tienen como objeto determinar el campo de aplicación de las normas jurídicas, y por el otro, las teorías que, partiendo de relaciones jurídicas concretas, pretenden derivar de éstas ciertas características particulares, a fin de determinar la snormas que les puedan ser aplicables.

LAS TEORIAS TERRITORIALISTAS Y UNILATERALISTAS MODERNAS

Estas teorías pueden ser inscritas en el primer grupo, y debido a que se encuentran íntimamente relacionadas con el objeto de estudio del presente trabajo, procederé a exponerlas brevemente en la presente sección.

((4) PEREZNIETO C. Leonel, Op. Cit. pág. 62.

JOSEPH STORY, (1779-1845)

Story dice:

"Es obvio que las leyes de un país no pueden tener por sí mismas fuerza, excepto dentro de los límites territoriales y jurisdicción de dicho país, Aquéllas únicamente pueden obligar a sus propios sujetos y a otros que estén dentro de dichos límites jurisdiccionales; y sólo mientras que en ellos residan. Ninguna otra nación, o sus sujetos están obligados a rendir la más mínima obediencia a dichas leyes. Cualquiera que sea la fuerza extra territorial de éstas, es el resultado no de un poder original que pueda extenderse fuera, sino del respeto, que por motivos del bien público otras naciones están dispuestas a obedecer, dándoles efectos con un sentido prudente y liberal de respeto, conveniencia común y mutos beneficios y necesidades.

En derecho estricto, todas las leyes que expide el soberano, no tienen fuerza ni autoridad fuera de los límites de su dominio; pero la necesidad del bien público y general de las naciones admite algunas excepciones por lo que respecta al comercio civil.

Finalmente, un derecho reconocido por las normas de un país, sólo tendrá validez en otro, en la medida que los gobernantes de éste estimen en base al comitae (comity), conveniente su reconocimiento y siempre y cuando no consideren lesionados sus poderes, o bien, los derechos de sus propios ciudadanos. El cri-

terio de reconocimiento podrá variar totalmente de un país a otro, e incluso en cada país de una época a otra, por lo cual no existe un criterio jurídico; uniforme que lejos de otorgar, excluye la posibilidad de la certeza". (5)

EL TERRITORIALISMO EN FRANCIA

De manera resumida me referiré a los autores territorialistas franceses más destacados.

- Foelix. Se aprecia por el acento que pone en cuatro aspectos que permanecen latentes en las ideas que le han precedido:

- Preponderancia del estatuto real;
- El conflicto de leyes que puede llegar a afectar la soberanía de los Estados, o al menos, se encuentra íntimamente relacionado con ésta.
- El principio rector en la aplicación de la ley, es eminentemente territorial.
- Y la excepción al principio anterior se basa en la idea de la cortesía.

Finalmente, cabe señalar que el autor, en cuanto a la aplicación de la ley respecto a las personas, declara que éstas

(5) Citado por Pereznieto Leonel; Ibid; pág. 67.

serán regidas por la ley del país en cuyo territorio habiten, - aplicación que no dependerá de que dichas personas "hayan nacido o no" dentro de ese mismo territorio, con lo cual se constituye la noción del domicilio.

- Vareilles-Sommieres. Este fue otro autor de finales del siglo pasado. el autor parte de dos postulados, a saber:

- Todo acto o relación debe ser regido por la ley del Estado donde se produce.
- La territorialidad debe ser considerada en su función positiva y no negativa; es decir, la función positiva se deriva del primer postulado.

Del primer postulado cabe señalar que en esta idea, se encuentra la base de los derechos adquiridos; el reconocimiento de los citados derechos se deriva integralmente de la teoría general de la no retroactividad de las leyes.

Del segundo postulado se desprende que cada Estado es independiente y libre de actuar como más convenga a sus intereses. Pero esta soberanía sólo la podrá ejercitar dentro de los límites de su territorio. Es por ello que, en virtud de un razonamiento de base dogmática, existe la necesidad de partir del principio de la territorialidad y aplicar leyes de esta naturaleza.

Subsiste, sin embargo, en la teoría de Vareilles-Sommiere el problema de la aplicación de la ley extranjera que trata de justificar, para lo cual recurre neuvamente a la idea de la cortesía internacional.

- Niboyet. Opina que "cuando hablamos de que una ley es territorial, queremos expresar que dicha ley rige todos los hechos realizados en un determinado territorio o que interesan al mismo". (6)

Es decir, que la ley normalmente competente es la ley del foro, en cuanto a los hechos que se produzcan dentro de su territorio, y solamente en un número limitado de casos, por excepción podrá permitirse la aplicación de la ley extranjera. Lo que no significa que el juez del foro aplique su propia ley invariablemente a todos los casos que se le presenten, ya que además de ser una solución obsoleta, resultaría contraria al comercio internacional. Lo que el juez debe siempre aplicar es su regla de conflicto y no su ley material.

Cuando un legislador elabora una ley, tiene en mente establecer una reglamentación para su territorio; aquél no tiene ninguna competencia para reglamentar los hechos o situaciones que se produzcan dentro del territorio de otro Estado, sin embar

(6) NIBOYET; Op. Cit. pág. 108

go, constitucionalmente hablando, dicho legislador posee una competencia indiscutible sobre todo lo que suceda dentro de su propio territorio sometido a su poder. A pesar de que algunas personas quisieran desterrar esta expresión, el legislador ejerce dentro de su territorio la soberanía. Por lo que es normal partir - del hecho social indiscutible, que todo lo que acontece dentro - de un territorio determinado está sujeto a la ley en vigor en el mismo. Esta ley es la única que puede fijar las condiciones re- queridas a fin de que un hecho se transforme en hecho jurídico, - o por el contrario, para que un hecho quede como un hecho puro y simple, sin efecto jurídico.

"Como consecuencia del equilibrio de competencia territorial, resulta que el país mejor calificado para resolver un - conflicto es aquel en el que dentro de su territorio se desarro- llan, en cada caso concreto, los hechos susceptibles de crear un derecho. El territorialismo entendido de esta manera, implica el mínimo de sacrificio para cada Estado, por lo que hay que cam- biar de una vez por todas, la consagración de una extraterrito- rialidad que va en contra de la naturaleza". (7)

Finalmente, Niboyet afirma que los resultados del método que propone son "respeto máximo de los derechos de cada Esta- do y su soberanía, en aquello que le sea esencial, pero también

(7) Ibid., pág. 526.

irradiación universal de los efectos de dicha soberanía". (8)

- Louis-Loucas: Afirma que todo conflicto de legislaciones engloba tres grupos de intereses:

- El interés privado de los individuos como parte en el litigio.
- El interés nacional de los Estados;
- El interés internacional que se refiere a toda la sociedad humana.

El interés predominante deberá ser precisamente el nacional.

A continuación, el autor precisa que toda situación debe ser regida por el derecho positivo de la autoridad a la cual se pide, dentro de su ámbito territorial, la consagración jurídica de dicha situación. Debido a lo anterior, ya que es el juez del foro ante quien normalmente se recurre, la "lex fori" resulta la aplicable.

De esta manera, cada Estado deberá lograr que su propio derecho sea el predominante, es decir, que se realice la aplicación de la ley en base a su carácter territorial, lo que, aparte de favorecer la armonía con los demás Estados, beneficia

(8) Ibid., pág. 527.

al individuo a quien se le otorgará una gran seguridad con la aplicación de la ley de su domicilio.

Los límites del territorialismo de Louis-Loucas, los expone bajo el nombre de "límites racionales de la territorialidad". Así, el autor nos dice que dichos límites se traducen principalmente en casos de incompetencia de la ley local, ya sea ésta necesario, o voluntaria, o sea, que muestra simplemente el hecho de que un Estado quiera restringir espontáneamente el campo de aplicación de su propia legislación.

EL UNILATERALISMO FRANCES

Como puede desprenderse de las ideas de Niboyet y de Louis-Loucas, existe una constante común en el sentido de declarar competente e incluso preponderante a la "lex fori". Asimismo ambos autores concuerdan en que la ley del foro debe fijar de manera unilateral su propio ámbito de aplicación y, finalmente, para casos excepcionales, en los que la propia ley interna no contemple determinadas hipótesis, podrá éste declararse incompetente para permitir así la aplicación de la ley extraneja, que a su vez reivindique competencia. A esta manera de concebir la función de la regla de conflicto se le ha denominado tradicionalmente, unilateralista.

Ambos autores dejan entrever que el objeto del derecho internacional privado, en el fondo, tiene como fin resolver un -

posible conflicto de soberanías entre Estados. Debido a ello, es inconcebible para estos autores la idea que una ley extranjera - pueda aplicarse por el juez del foro, si ésta no se ha declarado competente. Cada legislador será el único facultado para que una vez consultada su propia regla de conflictos, pueda determinar - en qué casos su ley deba aplicarse.

LA ESCUELA UNILATERALISTA ALEMANA

Schnell y Niedner son los principales autores de la corriente unilateralista que consideran la actividad del legislador en materia de conflicto de leyes, concluirá con la delimitación del campo de aplicación de su propio derecho interno, sin recurrir a un derecho extranjero para reglamentar las relaciones mixtas que escapen de su competencia.

Afirman que el legislador, al delimitar el campo de aplicación de su propio derecho, está delimitando su propia soberanía y nunca realizará por ese medio la delimitación de la soberanía en general. "La definición de la soberanía en sí, necesaria para la solución de conflictos de leyes, no vendrá arriba, - se formará por la reunión de todas las delimitaciones unilaterales realizadas por cada soberano ". De este concepto de soberanía, se puede derivar la idea de que cada Estado aplicará la ley extranjera a una relación jurídica determinada, como resultado de la constatación de la soberanía extranjera.

Como se puede constatar, la concepción de los conflictos de leyes es en el fondo un conflicto de soberanías, por lo que se aprecia definitivamente una dependencia del derecho internacional privado del derecho internacional público. "La aplicación de una ley extranjera se presenta necesaria por el reconocimiento de la soberanía extranjera". En otras palabras, el funcionamiento de la regla de conflicto queda supeditado a factores de tipo político, y no a una técnica jurídica.

Por otro lado, debido a que estos autores no rechazan la competencia al juez para juzgar acerca de casos sin relación con la ley del foro, el problema que subsiste es saber cómo, dicho juez, determinará la ley aplicable.

LAS TENDENCIAS UNILATERALISTAS ITALIANAS

Las dos más significativas son la desarrollada por Donisio Anzilotti a finales del siglo pasado y principios de este; y la sostenida en la actualidad por el jurista Rolando Quadri.

Anzilotti busca el fundamento del derecho internacional en la voluntad de los Estados, afirmando la supremacía del derecho nacional, insiste en que el derecho interno y el internacional son órdenes jurídicas diferentes, debido a que sus destinatarios, así como los fundamentos de validez, son diferentes.

Mientras las normas de derecho internacional son pro-

ducto de un procedimiento internacional y obligan tan sólo a comunidades soberanas, el derecho estatal, con arreglo a esta concepción arraiga en su constitución, la única que puede originar derechos y deberes para individuos.

Este autor afirma que si un Estado soberano legisla en derecho internacional privado, cimple en realidad con su objetivo que debería haber cumplido un legislador supranacional, la carencia de éste es la que justifica la iniciativa estatal.

De esta manera, el derecho internacional privado es concebido como una disciplina formada por reglas verdaderamente internacionales y otras de carácter estatal, cuyo objeto es la delimitación de soberanías, que son las leyes civiles de los Estados.

Rolando Quadri, por su parte, afirma que el conflicto entre poderes soberanos es meramente imaginario. El equívoco consiste en pensar que la ley, en cuanto tal, disociada y desentegrada del aparato territorial-coercitivo, pueda constituir la expresión o manifestación o ejercicio del poder soberano; la soberanía, al contrario, no puede, por su propia naturaleza, manifestarse, ni puede ser representada más que por la coerción material, el poder físico sobre las personas y las cosas. La verdad es que la ley, en cuanto a su eficacia, resulta territorialmente condicionada.

Así concluye este autor, la regla de conflicto no delimita el orden del Estado, sino la esfera de aplicación del derecho material nacional. Aún cuando el Estado aplica el derecho extranjero, ejercita su propia soberanía; hace valer su propio derecho. En otros términos, el derecho extranjero es derecho del Estado y ello, en razón de la inserción de su contenido dentro del ordenamiento del foro. La efectividad del ordenamiento nacional puede manifestarse, igualmente al considerar las relaciones respecto de las cuales no se aplica el derecho material nacional.

LEYES DE APLICACION INMEDIATA

Es una tendencia que intenta establecer un método particular basado en la determinación del ámbito de aplicación de leyes en el espacio, llamado de "leyes de aplicación inmediata", y sostenido principalmente pro Franciscakis.

Este autor, considera que el derecho internacional privado, aparte de reglas de conflicto, se encuentra constituido por reglas que determinan la aplicación inmediata de las leyes internas del foro. Esto se debe a que en ocasiones la aplicación de leyes extranjeras resulta imposible o intolerable, porque el propio Estado no toleraría la intromisión de elementos heterogéneos. De esta manera la efectiva aplicación de aquellas leyes que reflejan la organización de dicho Estado, tiene que quedar necesariamente asegurada, lo que presupone que antes de referirse a la regla de conflicto, habrá que determinar si nos encontramos -

en presencia de una ley de aplicación inmediata, en cuyo caso, - ésta desplazaría a aquella.

La principal diferencia que el autor encuentra entre - la regla de conflicto y la ley de aplicación inmediata, consiste en que mientras que para la primera, el objetivo es determinar - la ley a la que deberá someter la relación jurídica, para la segunda, es la aplicación de la ley del foro en el espacio.

III.2 ANTECEDENTES EN EL SISTEMA JURIDICO MEXICANO

A) LA LEGISLACION ESPAÑOLA EN VIGOR DESPUES DE LA INDEPENDENCIA

La situación jurídica en los inicios del México independiente se presenta súmamente complicada; por un lado y durante - la dominación española, todo un cúmulo de leyes y disposiciones - expedidas durante más de tres siglos se encontraban vigentes; por el otro, el fenómeno de la independencia, desde los albores empezó a generar una serie de leyes y un sinnúmero de disposiciones. La complicación resulta todavía mayor si se piensa que dentro de las primeras, no sólo se trataba del derecho castellano, sino - del derecho que en virtud de las circunstancias imperantes en la colonia hubo la necesidad de elaborar.

A este respecto caba citar la siguiente afirmación:

"Toda la maquinaria de la ley y la administración dependían de la corona. La consumación de la independen-

cia y la adopción de la forma republicana de gobierno - significaba que había una crisis total del Estado. Los primeros gobiernos republicanos carecían totalmente de la clase de sanción moral que la monarquía española ha**ba** gozado. Se mantuvieron muchas de las leyes colonia**les** y los procedimientos; pero el Estado se halló en - muchos casos acéfalo..." (9)

Las llamadas Leyes de Indias, así como las fuentes legales del Derecho Castellano Histórico Nueva y Novísimo Recopilación, y sobre todo las Partidas, continuaron vigentes durante muchos años en aquellos de sus preceptos que no estuvieron en contradicción con la soberanía política del nuevo país.

De esta manera, el rompimiento con la Metrópoli no afectó profundamente, al menos en principio el orden jurídico establecido. Se pretendió modificar algunas veces derogando, aquellas leyes que se presentaban necesarias para el cambio, lo que resulta natural debido al alto contenido político del movimiento de independencia. Así se gestaron transformaciones significativas.

Si bien el fin de la independencia era básicamente político, perseguía entre otros objetivos jurídicos. Se presentaban

(9) GRIFFIN, Charles; El período Nacional en la Historia del Nuevo Mundo; México; 1962; págs. 77 y 78.

como necesarios cambios vitales en la estructura colonial que no podían ser logrados, sino con la derogación de múltiples leyes. Desde este momento ya se destacaban planteamientos muy interesantes respecto a los derechos de los extranjeros que caba apuntar a continuación; pero antes hay que referirnos a algunos aspectos que las leyes españolas contemplaban en relación a dichos extranjeros.

En primer lugar, el Código de las Siete Partidas, promulgado durante el reinado de Alfonso X, definía "el estado de los hombres como condición o manera en que los omes viven o están".

"Esta condición o manera que caracterizaba el estado de la persona como sujeto de Derecho podía proceder, o de la propia naturaleza humana, o de las leyes positivas. De aquí que pudiera hablarse de un estado natural o de estado civil". (10)

Por otro lado, las fuentes de derecho castellano distinguieron entre los naturales y extranjeros:

"La condición de natural se perdía por desnaturalización o renuncia voluntaria de la nacionalidad por las causas previstas en las Leyes; los naturales no podían

(10) OTS Y CAPDEQUI, José María; Historia del Derecho Español en América y del Derecho Indiano; Madrid; Ed. Aguilari; pág. 48.

seguir estudios en el extranjero...Los extranjeros no podían obtener beneficios, ni rentas eclesiásticas, ni desempeñar oficios públicos en los pueblos, ni desempeñar ciertos oficios". (11)

Es hasta las proclamaciones revolucionarias cuando empieza a notarse un sentimiento de aceptación del extranjero, aunque con condiciones. Dicho sentimiento se encuentra expresado en el documento expedido por Ignacio López Rayón en agosto de 1811, con el nombre de Elementos Constitucionales Circulados por Rayón, y en el documento Sentimientos de la Nación ó 23 Puntos dados por Don José María Morelos y Pavón.

Finalmente, el "Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana", sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814, establece de manera clara y completa por primera vez, la asimilación del extranjero al nacional.

La idea de asimilación vuelve a repetirse en el plan de independencia fraguado por Don Agustín de Iturbide y especificamente en el Plan de Iguala.

Con la reasunción de sus facultades, a la caída del Imperio de Iturbide, el Congreso Constituyente Mexicano expidió, -

(11) Ibid.; pág. 49.

entre otros, un Decreto de fecha 8 de abril de 1823, por el cual declaraba "insubsistentes" el Plan de Iguala, los Tratados de Córdoba y el Decreto de 24 de febrero de 1822. En el primer Tratado se le da subsistencia a la idea de asimilación de extranjeros a nacionales antes consagrada por el Plan de Iguala.

Este mismo reconocimiento se haya contenido en el Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, sancionada por el Soberano Congreso Constituyente Mexicano, el 31 de enero de 1824, la cual establece dos preceptos de profunda trascendencia a la vez, que son en su contenido, el desarrollo de ideas más precisas en favor de los derechos del hombre y de los extranjeros en México y el tratamiento, mediante un sistema específico, de los conflictos de leyes; comprendidos aquéllos en los artículos 18 y 30 principalmente:

Artículo 18. Todo hombre que habite en el territorio de la Federación tiene derecho a que se le administre pronta, completa e imparcialmente justicia; y con este objeto la Federación deposita el ejercicio del Poder Judicial en una Corte Suprema de Justicia...

Artículo 30. La Nación está obligada a proteger por leyes sabidas y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

de octubre de 1824, primera constitución formal del México independiente, aporta nuevas ideas. Dado que esta Constitución instituyó un régimen federal, le da a la Corte Suprema de Justicia la atribución de "dirimir las competencias que se susciten entre los tribunales de la Federación, y entre éstos y los de los Estados, y las que se muevan entre los de un Estado y los de otro".

El documento que aporta, finalmente mayores novedades en materia de extranjeros en la época, son las Bases Orgánicas de la República Mexicana, publicadas el 14 de junio de 1843, el cual establece en su artículo 21, lo siguiente:

Los extranjeros introducidos legalmente en la República, gozarán:

I. De la seguridad que se dispensará, según las leyes, a las personas y bienes de los mexicanos.

II. de los derechos que se estipulan en los tratados para los súbditos de sus respectivas naciones.

III. De la libertad de trasladar a otro país su propiedad mobiliaria, con los requisitos y pagando la cuota que determinen las leyes.

IV. De la libertad de adquirir en la República propiedades raíces, con tal que primero se naturalicen en ella, casen con mexicana, y se arreglen a lo demás que

prescriba la ley relativa a estas adquisiciones.

Esta disposición refleja una clara tendencia de asimilación de los extranejeros a la Nación Mexicana, misma que vuelve a repetirse en lo sucesivo como es el caso específico de la Constitución de 1857 y el Estatuto del Imperio de 1865.

B) LA LEGISLACION CIVIL A PARTIR DE 1870

1870 fue la fecha de publicación del primer Código para el Distrito Federal y los Territorios de la Baja California. - Entre otros, este Código establece los siguientes artículos:

Artículo 13. Las Leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y Territorios de la Baja California, aunque residan en el extranjero, respecto a los actos que deben ser ejecutados en todo o en parte en la smencionadas demarcaciones.

Artículo 14. Respecto a los bienes inmuebles sitios en el Distrito Federal y en la Baja California, regirán las leyes mexicanas, aunque sean poseidas por extranjeros.

Artículo 15. Respecto de la forma o solemnidad externa de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieran -

otorgado. Sin embargo, los extranjeros residentes fuera del Distrito Federal o de la Baja California, quedan en libertad para sujetarse a las formas y solemnidades prescritas por la Ley Mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecución en aquellas demarcaciones.

Artículo 17. Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos o testamentos otorgados en el extranjero por mexicanos del Distrito Federal o de la California, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deben cumplirse en las referidas demarcaciones.

Artículo 18. Silos contratos o testamentos de que habla el artículo anterior, fueren otorgados por un extranjero y hubiesen de ejecutarse en el Distrito o en la California, será libre el otorgante para elegir la ley a que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto al interés que consista en bienes muebles. Por lo que respecta a los bienes raíces se observará lo dispuesto en el artículo 14.

Artículo 19. EL QUE FUNDE SU DERECHO EN LEYES EXTRANJERAS DEBERA PROBAR LA EXISTENCIA DE ESTAS, Y QUE SON APLICABLES AL CASO.

Artículo 24. Tanto los mexicanos como los extranjeros residentes en el Distrito o en la Baja California, pue

den ser demandados ante los tribunales del país por las obligaciones contraídas con mexicanos o extranjeros, dentro o fuera de la República.

Artículo 25. Pueden también ser demandados ante dichos tribunales, aunque no residan en los lugares referidos, si en ellos tienen bienes que estén afectos a las obligaciones contraídas, o si éstas deben tener su ejecución en dichos lugares.

La doctrina estatutaria consagrada en el Código Civil de 1870, es explicada de diversa manera por los autores mexicanos de la época; así, José Díaz Covarrubias sostiene que "el principio rector del derecho internacional privado se encuentra en la base de la soberanía estatal que es, en sí, el fundamento de la independencia de las naciones y es como la condición de su existencia. Cada Estado ejerce dentro de su ámbito territorial, sola y exclusivamente soberanía y jurisdicción" (12)

Agustín Verdugo afirma que: "la aplicación de la ley territorial sobre toda la extensión del suelo, independientemente de la nacionalidad del hombre, deriva, es verdad del derecho de soberanía..., pero resulta siempre incontestable que ella es un recuerdo del régimen feudal, que había dado una importancia -

(12) Citado por Verdugo, Agustín; Derecho Civil Mexicano; México; s/e 1885; t. I; pág. 11.

tan grande a la tierra y que en los países donde se ha más fuertemente arraigado, en Inglaterra por ejemplo, no permitía hasta hace poco tiempo, que el extranjero adquiriese ni la más pequeña parte del territorio. Entre nosotros, la tierra hace mexicano al que la posee". (13)

Para explicar el principio de extraterritorialidad de las leyes, el mismo autor se refiere a la necesidad del bien público y general de los pueblos. Señala que no se trata únicamente de utilidad, sino de la fuerza de las cosas, en el estado de nuestra moderna civilización y afirma: "Si el voto de nuestro legislador es expreso en la materia, por lo que hace a los mexicanos que dejen el suelo de la Patria, una interpretación sabia y prudente del artículo 13 nos enseña, que a igual respeto debe México obligar a los extranjeros por lo que toca a sus leyes personales, interponiendo para ello la fuerza de sus autoridades".(14)

Manuel María Seoane, precisa más aún la concepción sobre el estatuto personal: "Bajo tres aspectos diferentes se halla el hombre sometido al poder de la ley: el de su persona, el de sus bienes y el de sus actos; estos tres objetos se rigen, o bien, por la ley de la patria del individuo, que arregla todo cuanto concierne a su estado y capacidad personal, o por la ley del lu-

(13) Ibid.; págs. 76 y 77.

(14) Ibid.; pág. 87.

gar de la situación de los bienes si la tienen estable y permanentemente como los inmuebles, o por último, si se trata de la forma exterior de sus actos lícitos por los del lugar donde aquéllos han pasado". (15)

Seoane se refiere igualmente a la aplicación del derecho civil en su ámbito espacial, afirmando que: "Este Derecho, - circunscrito a la demarcación territorial de cada Estado, es importante para dominar las cuestiones que se suscitan del uno para con el otro y lo es por lo mismo para deshacer al conflicto - de leyes civiles emanadas de distintas soberanías" y, finalmente hace alusión al estatuto real en los siguientes términos: "la preponderancia del estatuto real en orden a los inmuebles se fundada nada menos que en la soberanía territorial, y ningún soberano ha consentido jamás que una parte cualquiera de su territorio se en tienda sometida a leyes extrañas, y mucho menos, que esté sujeta a la jurisdicción de un tribunal extranjero". (16)

En conclusión, podemos derivar del pensamiento de los autores antes citados, tres elementos principalmente:

1°. Los problemas suscitados por el derecho internacional privado, son cuestiones que en el fondo afectan la

(15) SEOANE, Manuel María; en El Derecho; 10 de diciembre de 1870; t. V; número 24; págs. 382 y 383.

(16) Ibid. págs. 383 y 384.

soberanía de los Estados

2°. El principio de que la soberanía territorial sólo puede sufrir excepciones, en base al principio de la estricta reciprocidad internacional, sostenida ésta sólo dentro del contexto de la civilización moderna.

3°. Se acepta desde esta época un concepto integral del estatuto personal.

Como resulta evidente, la doctrina mexicana no es más que el reflejo de diferentes doctrinas extranjeras, principalmente europeas.

De acuerdo con los artículos expuestos con anterioridad, podemos constatar que en el Código Civil de 1870 se manejan los siguientes principios: el artículo 13 se refiere al estatuto personal propiamente dicho; el artículo 14 al concepto "lex rei sitae"; el artículo 15, al "locus regit actum", pero condicionando a su ejecución, como lo hace el artículo 17, en relación a contratos y testamentos, siendo significativo que el artículo 18 consagra, en cuanto a éstos, el principio de autonomía de la voluntad, limitando en lo que se refiere a bienes inmuebles y finalmente, el artículo 19 contempla la prueba del derecho extranjero.

El sentido del artículo 13 es el de regir la capacidad y estado civil de las personas "mexicanas" residentes en el Distrito y en la Baja California, ya sea dentro como fuera de los -

límites de jurisdicción de estas demarcaciones, es decir, inclusive en una entidad federal distinta de aquéllas y no necesariamente en el extranjero.

El principio "lex rei sitae" que en la mayoría de legislaciones modernas se encuentra en los mismos términos en que fue planteado por los estatutos, es aceptado por el Código Civil de 1870 de conformidad a su artículo 14, en los mismos términos del artículo 3º. del Código Napoleónico.

El principio "Locus regit actum"; por su parte, se encuentra consagrado en el artículo 15, y tiene influencias del derecho español antiguo y sobre todo de un Decreto Real Español del 17 de octubre de 1851, que en la Ley 24, título II, partida 4, - que referente a las capitulaciones matrimoniales establece:

"Valgan según la costumbre de la tierra en que fueron hechas, aunque los contrayentes se trasladen después - a otra otra tierra en que haya costumbre contraria". (17)

La concepción del principio "locus regit actum" es aceptado en su más amplia acepción, ya que se aplica a todos los actos lícitos del hombre, sean convencionales o no; rige por tanto,

(17) Citado por García Goyena; Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español; Madrid; 1852.

las actas del estado civil, las actas de celebración de matrimonio, los contratos matrimoniales, las donaciones, los testamentos, todas las convenciones a título oneroso, etc.

El principio "locus executionis" se encuentra consagrado expresamente en los artículos 15 y 17 del Código Civil de 70 y en el artículo 18 implícitamente.

Finalmente, lo establecido en los artículos 24 y 25 del Código Civil de 70 respecto de la competencia de tribunales del Distrito o de la California, en cuanto a mexicanos y extranjeros residentes en las citadas demarcaciones por derechos contraídos en el país o en el extranjero, por un lado, y, por el otro y sin mediar residencia alguna, sólo por el hecho de tener bienes afectos a obligaciones contraídas o si éstos deben tener su ejecución dentro de las mencionadas demarcaciones, contienen referencia y directa con los artículos 14 y 15 del Código Napoleónico.

El Código de 1870, por cuanto a principios generales se refiere, consagró la teoría de los estatutos, pudiendo ésta quedar resumida en los términos siguientes:

- El estatuto personal es regido por la ley nacional.

"El estatuto personal, importa nada menos que el carácter y fuero de la nacionalidad de la que ningún individuo puede

estar desnudo en medio de la sociedad civilizada. Esta ley personal queda de tal manera adherida al hombre, que la conservará és te en cualquier Estado extranjero en que resida, sin que por esto, se puede considerar lastimada en lo más mínimo la independen cia de ese mismo Estado que, al recibir a todo extranjero, lo ha ce ya con esta condición de respetar su estatuto personal. Pero así como las naciones admiten esta condición con respecto a los individuos, e llos a su vez están más fuertemente obligados a res petar su ley personal, quedando precisados a arreglar a ella to dos sus actos, para que éstos sean válidos". (18)

- El estatuto real, por cuanto hace a bienes inmuebles queda regido por la ley de su ubicación.

"La jurisdicción que un Estado tiene sobre los bienes raíces situados en su territorio es un principio de evidencia - tal, que no necesitaría demostración..., porque por la naturale za misma de las cosas raíces, por los principios que forman el - esttuto real y adoptan aún los publicistas más estrictos en la - exposición de ellos, por la práctica constante y universal de las naciones y por los preceptos de las leyes de los pueblos cultos, está establecido, aceptado y reconocido el principio de indispu table justicia, de que ningún juez puede ejercer su jurisdicción fuera de su territorio sobre bienes raíces, por el solo hecho de

(18) PEREZNIETO CASTRO, Leonel; Op. Cit. pág. 34

no ser juez respecto de cosas que se encuentran fuera del límite de su demarcación; como lo demuestran, por una parte la impotencia física para ejecutar sus mandatos jurisdiccionales sobre esta clase de bienes; por otra, el establecimiento y adopción de reglas para resolver conflictos de leyes de distintos países, que jamás tendrían lugar si fuese competente para resolverlas otro distinto del de la situación de la casa que fuese objeto de la jurisdicción ejercitada". (19)

En concepción más amplia, el principio "lex rei sitae" es relacionado con las acciones reales y los derechos relativos a bienes inmuebles.

- Los contratos y obligaciones son regidos en su aspecto formal por la ley del lugar de su celebración, aunque difieren en cuanto a su ejecución de la categoría estatutaria, por cuanto serán regidos por la ley del lugar de su ejecución.

- Tanto el estatuto formal como los procedimientos judiciales quedan regidos por la ley del lugar de que unos y otros se verifiquen.

- finalmente, cabe señalar que el legislador de 1870 fue omiso respecto a los bienes muebles, omisión que fue suplida

(19) Tribunal Superior de Distrito, 2a. Sala, de fecha 24 de abril de 1875, EL FORO, t. IV, núm. 102; pág. 402 y ss.

por jurisprudencia posterior:

"La ley del territorio sigue todos los bienes situados en él, y por consiguiente, quedan los inmuebles sujetos a esta regla: Que en cuanto a los muebles se supone que están en el domicilio del que los posee, y como la persona está sujeta a las leyes del lugar donde habita, por una ficción que suponen también comprendidos en el estatuto real, puesto que a él está sujeto el poseedor". (20)

C) EL CODIGO CIVIL EN VIGOR (1932)

Es difícil poder contemplar con independencia de los acontecimientos políticos y sociales, el proceso evolutivo del orden jurídico.

En México no se da la excepción. Por lo tanto, es necesario considerar la revolución Mexicana (1910-1917) que destruyó a un poder dictatorial que se había prolongado aproximadamente 30 años.

A raíz de ésta, y como consecuencia de los caracteres y consecuencias de la misma, así como de los embates del exterior, se gestó una visión nacionalista respecto a los problemas que se

(20) Tribunal Superior de Justicia del Distrito, 3a. Sala; Sentencia de 19 de noviembre de 1872; EL FORO; T.IV. núm. 16.

les plantearon, en la mente de algunos de los hombres que más tarde ocuparían puestos de gran importancia en el gobierno.

En el Derecho Civil se gestaron transformaciones significativas, en materia de conflicto de leyes se produjo un claro reflejo de esa mentalidad nacionalista en la expresión de un territorialismo.

El principio territorialista contenido en nuestro Código, comporta caracteres bastante particulares, razón por la cual es menester hacer un análisis exhaustivo de los principios relativos contenidos en el Código Civil vigente, mismo que se hará posteriormente en el presente trabajo.

CAPITULO IV

LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL

SISTEMA JURIDICO MEXICANO

IV.1 LEGISLACION

El sistema jurídico mexicano siempre intentó revestirse de un carácter marcadamente territorialista, teniendo su manifestación en el art. 12 del Código Civil, que establecía:

"Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al Estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes".

Este artículo tenía relación directa con el artículo 13 del mismo código, y que por su contenido dejaba traslucir un carácter eminentemente territorialista:

Art. 13.- "los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero que deban ser efectuados en territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código"

Sin embargo, ambos artículos fueron reformados para quedar su texto de la siguiente manera:

"Art. 12.- "Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación

de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte".

Art. 13.- La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

I.- Las situaciones jurídicas válidamente creadas en - las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;

II.- El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;

III.- La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrenda-miento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, - se registrarán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;

IV.- La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán suje--tarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal;

V.- Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se registrarán por el de-

recho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho".

Con esto, el sistema extramadamente territorialista - que habría seguido nuestro sistema jurídico, ha quedado atenuado en gran medida.

Del primero de los artículos citados, cabe señalar que con ésto, se reconoce de manera expresa la aplicación del derecho extranjero cuando así lo prevean las leyes mexicanas y los tratados y convenciones de que México sea parte.

Del segundo de los artículos en comento una de las modificaciones importantes que tuvo fue lo relativo al estado y capacidad de las personas, ya que antes de las citadas reformas, éstos eran regidos por las leyes mexicanas, para todos los habitantes de la República, ya fuera que se tratara de nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes en ella. Ahora, el estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio, entendiéndose por domicilio el lugar donde residan habitualmente, y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de éstos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encuentren.

Sin embargo, aún antes de las multicitadas reformas, -

se reconocían excepciones al principio territorialista contenido por el artículo 12 del Código Civil, no sólo en el mismo Código, sino en general dentro del sistema jurídico mexicano, que permitan la aplicación del derecho extranjero, excepciones que analizaremos a continuación, pero ya no como tales, sino como meras normas jurídicas que permiten dicha aplicación:

A) CODIGO CIVIL

Aparte de los propios artículos 12 y 13 que preven la aplicación del derecho extranjero en los casos por ellos señalados, encontramos el artículo 51 que prescribe lo siguiente:

"Para establecer el estado civil adquirido por los mexicanos fuera de la República Mexicana, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, su jetándose a lo previsto en el CFPC, y siempre que se registren en la oficina que corresponda del Distrito Federal o de los Estados".

Debido a que el citado artículo 51 determina claramente que las constancias del matrimonio celebrado en el extranjero serán suficientes para establecer el estado civil de las personas, hay que convenir en que no sólo se refiere a la forma, sino también al fondo, por lo que se refiere a la celebración de dicho matrimonio. Así pues, si un nacional que hubiese contraído matrimonio en el extranjero y que posteriormente pida la nulidad

de éste ante un juez mexicano, el mismo no podrá hacerlo con aplicación de la ley mexicana. Se trata, pues, de un acto de estado civil que se va a juzgar sobre la aplicación de una ley extranjera que rige la capacidad de los contrayentes y que en un momento determinado son habitantes, residentes o simples transeúntes dentro del territorio de la República.

Otro artículo que no sólo se refiere a la forma, sino también al fondo y que podría provocar un caso parecido al anterior es el 1593, que a la letra dice:

"Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron".

En otros términos, la ley del lugar del otorgamiento registrará, entre otros aspectos, la capacidad del otorgante, por lo que ésta será necesariamente aplicable en caso de que el juez mexicano trate de determinar si el otorgante era o no capaz en el momento de la elaboración de su testamento. Asimismo, si dicho juez pretende determinar, de acuerdo a la ley del otorgamiento, si la forma establecida por ésta fue respetada.

En materia de obligaciones, podemos encontrar diversos ejemplos en los cuales puede proceder la aplicación de la ley extranjera para determinar la capacidad de las personas, median---

te los supuestos contemplados en el razonamiento anterior.

La novación entre otras obligaciones, nos brinda ejemplos característicos:

Artículo 2216. "Aún cuando la obligación anterior esté subordinada a una condición suspensiva, solamente quedará la novación dependiente del cumplimiento de aquella, si así se hubiere estipulado".

Artículo 2218. "La novación es nula si lo fuere también la obligación primitiva, salvo que la causa de nulidad solamente pueda ser invocada por el deudor o que la ratificación convalide los actos nulos en su origen".

Como puede apreciarse, en las dos disposiciones anteriores, eventualmente puede darse el caso de la necesaria aplicación de la ley extranjera. En el primer ejemplo, habría que determinar, de conformidad a la ley extranjera, el cumplimiento de la obligación para pronunciarse sobre la novación. En el segundo ejemplo, la nulidad de la novación, dependería del análisis que, de conformidad a la ley extranjera, tuviere que hacerse para saber si la validez de la obligación es primitiva.

B) CODIGO DE COMERCIO

Debido a que el código de Comercio vigente data de 1887

y que por la naturaleza propia del comercio, éste no puede ceñirse a un ámbito estrictamente territorial, encontramos en dicho Código numerosos casos, que de hecho, permiten la aplicación de la ley extranjera. Algunos ejemplos son los siguientes:

Artículo 24. "Las sociedades extranjeras que quieran establecerse o crear sucursales en la República, presentarán y anotarán en el Registro, además del testimonio de la protocolización de sus estatutos, contratos y demás documentos referentes a su constitución, el inventario o último balance, si lo tuvieren, y un certificado de estar constituidas y autorizadas con arreglo a las leyes del país respectivo, expedido por el ministro que allí tenga acreditado la República, o, en su defecto, por el Cónsul mexicano".

Esta disposición muestra que la capacidad jurídica de las sociedades extranjeras estará regida por la ley del país respectivo, pudiendo únicamente la ley mexicana reglamentarla en su ejercicio.

Asimismo, si se alegara falta de capacidad en el contratante, que en la época de perfeccionarse el contrato residía en el extranjero, el tenor del primer párrafo del artículo 80, - podría darnos la respuesta y, por consiguiente, provocar la aplicación de la ley extranjera en México.

"Los contratos mercantiles que se celebran por correspondencia, quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condiciones con que - ésta fuera modificada".

C) LEY DE NAVEGACION Y COMERCIO MARITIMOS

Citaré a continuación los párrafos tercero, cuarto, quinto y sexto del artículo 3 de la ley de Navegación y Comercio Marítimos.

Las calificaciones necesarias para la resolución de conflictos de leyes, sin exceptuar la clasificación de bienes, serán las determinadas por la ley mexicana, - salvo en caso en que, conforme a las disposiciones mexicanas, el conflicto haya sido resuelto por la aplicación de la ley extranjera.

Si de acuerdo con las leyes del estado extranjero, declaradas competentes por las leyes mexicanas, da lugar para aplicar las leyes mexicanas, serán éstas las que deban aplicarse.

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

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

En los dos primeros casos se contempla la aplicación de la ley extranjera y en los dos restantes, se hace referencia a mecanismos característicos que regulan, en caso dado, el juego de la regla de conflicto.

Una vez que se ha dejado establecido que nuestro sistema permite la aplicación del derecho extranjero, señalaremos ahora la forma en que esta aplicación ha de realizarse por nuestros tribunales.

El Código Federal de Procedimientos Civiles establecía en su artículo 86:

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

Sin embargo, por reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 7 de enero de este año, el citado artículo fue modificado, y se adicionó el artículo 86 bis, para quedar el texto de ambos preceptos legales de la siguiente manera:

Art. 86.- "Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho".

Art. 86 Bis.- "El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio - de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de los informes oficiales al respecto, los que podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, así como disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes".

Para los efectos de un análisis comparativo entre el contenido del Código Federal de Procedimientos Civiles antes y después de las citadas reformas, únicamente tomaremos en consideración el antiguo artículo 86 y el artículo 86 bis vigente, los cuales son coincidentes en el reconocimiento que hace el legislador federal del derecho extranjero como norma jurídica y no como un hecho dentro del proceso.

Sin embargo, cabe señalar las diferencias radicales existentes entre uno y otro en cuanto a la aplicación y prueba del derecho extranjero se refiere.

De conformidad con el artículo 86, se consideraba que las partes que fundaran su derecho en leyes extranjeras, debían probar la existencia de éstas y su aplicabilidad al caso concreto.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia, señaló diversos criterios a seguir en relación a la forma de probar el derecho extranjero cuando se aplicara por tribunales mexicanos.

A continuación nos permitimos transcribir una de estas tesis:

"Leyes Extranjeras, forma de probarlas. El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá de probar la existencia de éstas y que son aplicables al caso; pero esto no quiere decir que la comprobación de la existencia de la ley extranjera deba hacerse necesariamente mediante la exhibición del Código o del ejemplar que la contenga, sino que basta que se compruebe de modo auténtico el texto de la ley en que se apoye el derecho controvertido, y es incuestionable que se compruebe de modo auténtico la existencia de la ley extranjera con el informe que sobre el particular rinda la Secretaría de Relaciones Exteriores; pero también debe de comprobarse, además de la existencia de la ley, que ésta es aplicable al caso, y si para ello sólo se aducen como pruebas los informes de la legación del país cuya ley se trata, tales informes no podrán ser considerados sino como una opinión, sin duda respetable, pero no como valor probatorio indudable". (1)

(1) A.D. 3441/1969. Emilia Fernández y otras. Marzo 9 de 1972. 5 votos. Ponente: Mtro. Rafael Rojina Villegas. 3a. Sala, 7a. época, Vol. 39, 4a. parte, pág. 39.

No obstante lo señalado por la ley, hubo criterios diversos en cuanto a esa materia, así nos encontramos con la siguiente tesis:

"Derecho extranjero, caso en que no es menester probar su existencia.- (Legislación de Jalisco).- Aún cuando es cierto que el artículo 289 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco declara que el derecho estará sujeto a prueba cuando se funde en leyes extranjeras; el artículo 292 del propio ordenamiento dispone que los hechos notorios no necesitan ser probados y el juez puede invocarlos aunque no hayan sido alegados por las partes. Si bien es cierto que desde un punto de vista lógico el concepto de "hecho" es en múltiples aspectos diverso del concepto de "derecho", la existencia de una institución jurídica o de una especial norma de derecho en determinado país y en cierta época, tiene los caracteres de un hecho histórico y; adquiere los caracteres de hecho notorio, cuando su existencia es patente para las personas de cultura media. Nuestra vinculación histórica con España, cuyas leyes rigieron durante una época en nuestro país, la integración de nuestra población por numerosas personas de nacionalidad española original, el conocimiento genérico de la situación de España en los últimos tiempos, explica que para cualquier jurista de cultura media es una verdad que no necesita prueba la de que en

España el matrimonio canónico surte efectos civiles como, por otra aparte, lo aceptaron los demandados en su escrito de contestación a la demanda". (2)

De ésta, cabe comentar que la 3a. Sala determina que la existencia de una institución jurídica en un determinado país y en una cierta época, tiene los caracteres de hecho histórico, esto es, confunde en forma ilógica la ley con su creación y como consecuencia de ello, le da el carácter de hecho notorio que no requiere prueba, lo cual a nuestra manera de ver, no tiene base legal alguna y dicho criterio es contrario a la sana lógica que debe revestir todo proveído judicial ya que cosa distinta son los hechos notorios y el conocimiento particular del juez. En nuestra opinión, la razón que debió haberse tomado en cuenta para eximir a las partes de la prueba del derecho extranjero, es la contenida en la misma tesis, que en su última parte señala textualmente: "...como, por otra parte, lo aceptaron los demandados en su escrito de contestación de la demanda", es decir, que siguiendo el principio de que "a confesión de parte, relevo de prueba", ya no era necesario que se probara el derecho extranjero.

El criterio sostenido por la primera de las tesis citadas, fue el que prevaleció hasta el momento de la reforma.

(2) A. D. 7174/1962. Beatriz Rodríguez de Gari. Julio 21 de 1966. Mayoría 4 votos. Ponente: Mtro. Mariano Azuela. 3a. Sala. In forme 1966, pág. 29.

Por otra parte, el artículo 86 bis viene a limitar la facultad discrecional que tenía el juez para evaluar las pruebas que le eran aportadas por las partes respecto a la existencia del derecho extranjero, al señalar el precepto legal citado la obligación que tiene el juez de aplicar el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, esto último, en base a la determinación que haga el mismo de acuerdo con las reglas conflictuales mexicanas.

El mismo artículo señala de manera clara que ya no es necesario que las partes prueben la existencia del derecho extranjero, sino que éstas pueden alegar la existencia y contenido del mismo, esto es, se faculta a las partes para hacerlo, pero sin ser ya una carga procesal.

Asimismo, el precepto en comento faculta al juez para que, de así considerarlo, pueda pedir informes, aún de oficio, al Servicio Exterior mexicano, sobre el texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero.

Por último, señalaremos que también por reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 7 de enero de este año, fue modificado el artículo 284 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que señalaba:

"Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en usos o costumbres

o se apoye en leyes o jurisprudencia extranjera".

Para quedar de la siguiente manera:

"Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho".

Con esto, se exige a las partes de la carga procesal de probar el derecho extranjero, quedando en plena concordancia el Código Federal de Procedimientos Civiles y el Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

De todo lo anterior, concluimos que, siguiendo el principio jurídico de "iura novit curia", ya no existe la carga procesal de probar las normas extranjeras, aunque pueden ser objeto de prueba y dicha prueba, de acuerdo con nuestra ley vigente, puede ser allegada aún de oficio pro el juez. Esta corriente de no limitar al juez, tiene por objeto que el mismo pueda aplicar el derecho con libertad de investigación, situación que está consagrada en nuestras leyes.

Además, adhiriéndonos al criterio del ilustre italiano Chiovenda, quien señala que "si bien el juez no está obligado a conocer las normas extranjeras, puede valerse de sus conocimientos privados cuando los posea", consideramos que el juez podrá utilizar éstos y cumplir con su función jurisdiccional, sin olvidar que su fallo posteriormente pueda ser impugnado.

IV.3 CONVENCIONES INTERNACIONALES

La Convención Interamericana Sobre Prueba e información acerca del Derecho extranjero, fue adoptada por la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP II), celebrada en Montevideo, República Oriental de Uruguay, el 8 de mayo de 1979 y fue ratificada por México el 9 de marzo de 1983 y entró en vigor el 8 de abril del mismo año.

Esta Convención tiene por objeto establecer normas sobre la cooperación internacional entre los Estados Partes para la obtención de elementos de prueba e información acerca del derecho de cada uno de ellos, y siendo que en nuestro derecho es necesario probar el derecho extranjero en cuanto a su texto, vigencia, sentido y alcance, es necesario que las normas que regulan dicha probanza por parte de quienes lo invoquen, se sujetan a las disposiciones contenidas en la misma.

La Convención consta de 18 artículos, y entre los más importantes, encontramos:

"Art. 2.- Las autoridades de cada uno de los Estados partes, proporcionarán a las autoridades de los demás que lo solicitaren, los elementos probatorios o informes sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho.

Art. 3.- La cooperación internacional en la materia de que trata esta Convención, se prestará por cualquiera de los medios de prueba idóneos previstos, tanto por la ley del Estado requirente como por la del Estado requerido.

Serán considerados medios idóneos a los efectos de esta Convención los siguientes:

- a) La prueba documental, consistente en copias certifi cadas de textos legales con indicación de su vigencia, o precedentes judiciales:
- b) La prueba pericial, consistente en dictámenes de - abogados o expertos en la materia:
- c) Los informes del Estado requerido sobre el texto, - vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos.

Art. 4.- Las autoridades jurisdiccionales de los Estados Partes en esta Convención podrá, solicitar los informes a que se refiere el inciso c) del artículo 3.

Art. 5.- Las solicitudes a que se refiere esta Convención deberán contener lo siguiente:

- a) Autoridad de la que provienen y naturaleza del asun to;
- b) Indicación precisa de los elementos probatorios que

se solitan;

c) Determinación de cada uno de los puntos a que se refiere la consulta con indicación del sentido y alcance de la misma, acompañada de una exposición de hechos - pertinentes para su debida comprensión.

Art. 6.- Cada Estado Parte quedará obligado a responder las consultas de los demás Estados Partes conforme a esta convención a través de su autoridad central, la cual podrá transmitir dichas consultas de otros órganos del mismo Estado.

El Estado que recibe los informes a que alude el artículo 3, c) no estará obligado a aplicar o hacer aplicar el derecho según el contenido de la respuesta recibida.

Art. 7.- Las solicitudes a que se refiere esta Convención podrán ser dirigidas directamente por las autoridades jurisdiccionales o a través de la autoridad central del Estado requirente, a la correspondiente autoridd central del Estado requerido, sin necesidad de legalización.

Art. 9.- A los efectos de esta Convención, cada Estado Parte designará una autoridad central.

Art. 10.- Los Estados Partes no estarán obligados a -

responder las consultas de otro Estado Parte cuando los intereses de dichos Estados estuvieren afectados por - la cuestión que diere origen a la petición de información, o cuando la respuesta pudiese afectar su seguridad o soberanía.

Haciendo un análisis comparativo entre las disposiciones contenidas en esta Convención que ha sido suscrita por México, y las disposiciones de nuestros Códigos de Procedimientos Civiles, podemos llegar a la conclusión de que las segundas se encuentran sometidas a las primeras, por estar en concordancia unas y otras.

CONCLUSIONES

- PRIMERA.- Existen ciertos problemas que, derivados del tráfico jurídico internacional, originan la necesidad de recurrir a la aplicación del derecho extranjero.

- SEGUNDA.- En cada sistema jurídico positivo existen una serie de normas conflictuales, cuya función u objeto es posibilitar la aplicación del derecho extranjero.

- TERCERA.- Las normas conflictuales contenidas en nuestro sistema jurídico, están revestidas de una concepción eminentemente territorialista, sin embargo, es imposible hablar de una absoluta territorialidad de la ley, pues ello resulta contrario al espíritu de justicia, que es precisamente lo que obliga a admitir la aplicación normativa extraneja.

- CUARTA.- En años recientes, han surgido en nuestro país nuevas técnicas para la solución de problemas derivados del tráfico jurídico internacional. Una de estas técnicas es la de "normas de aplicación inmediata", la cual trata de solucionar los problemas internacionales con la aplicación del derecho nacional, es decir, pretende la "nacionalización" de una relación jurídica que por sus elementos es de tipo internacional, ya que el ordenamiento jurídico del foro sólo se preocupa por salvaguardar su cohesión, sin conceder relevancia jurídica ni a los elementos extranjeros presentes, ni a un eventual derecho extranjero -

con el que aquéllos se encontrasen vinculados.

- QUINTA.- Otra de estas técnicas recientes contenida en nuestro sistema jurídico, es la denominada de "normas materiales", la cual pretende que al haber puntos de contacto con legislaciones extranjeras, la controversia sea resuelta por supuestos y categorías previstos por el legislador, que rebasen la experiencia jurídica nacional. Es decir, conforme a esta técnica, - pueden solucionarse problemas no sólo fuera del ámbito de aplicación de las normas internas, sino que incluso puede preverse una solución contraria a la que el propio ordenamiento tiene prevista para las relaciones privadas internas.

- SEXTA.- Una vez que el juez debe aplicar la norma conflictual, debe determinar el alcance y significado de la figura jurídica alrededor de la cual se plantea el conflicto de leyes.

Dicha calificación deberá el juez realizarla en base a las fuentes formales, es decir, los tratados internacionales, y a falta de éstos, la ley interna debe decir qué norma jurídica es la competente para hacerlo, pudiendo ser ésta la *lex fori* o la *lex causae*.

- SEPTIMA.- Cuando se produzca la existencia de un conflicto negativo de leyes, estaremos en presencia de un reenvío, el cual deberá hacerse al derecho sustantivo extranjero, salvo -

cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomar se en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexi canas o de su tercer estado.

- OCTAVA.- En México, siguiendo la teoría italiana, se considera a la norma jurídica extranjera como "derecho" y no como un mero "hecho" dentro del proceso, sujeto a prueba. esto es, nuestro sistema jurídico permite la incorporación de dicho derecho extranjero, cuando por concurrencia de puntos de contacto - con éste, sea necesaria su aplicación.

- NOVENA.- La norma conflictual mexicana es el origen de la aplicabilidad del derecho extranjero.

- DECIMA.- El juez mexicano queda obligado a aplicar - el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, con esto, la norma jurídica extranjera ya no puede ser interpretada libremente por el juez mexicano, sino que éste debe ceñirse a la interpretación fijada en el país de procedencia.

- UNDECIMA.- En caso de duda del juez mexicano en cuanto al texto, sentido, alcance y vigencia del derecho extranjero,

éste podrá valerse, aún de oficio, de los informes oficiales que al respecto solicite al Servicio Exterior Mexicano.

- DUODECIMA.- Si el juez mexicano posee conocimientos privados respecto al derecho extranjero que ha de aplicar, podrá utilizar éstos y cumplir con su función jurisdiccional siempre y cuando haga una aplicación correcta del mismo, y funde y motive su resolución.

- DECIMA TERCERA.- Si no existe norma jurídica extranjera aplicable aunque la norma conflictual haya remitido a la norma extranjera, el problema de fondo no se resolverá aplicando la ley de tipo material mexicana, pues, en ese caso, se estará ante una laguna legal que deberá llenarse en los términos de los artículos 19 y 20 del Código Civil para el Distrito Federal.

- DECIMA CUARTA.- A efecto de evitar en la mayor medida posible, la diversidad de criterios seguidos en cada uno de los Estados, respecto a la aplicación del derecho extranjero, que en última instancia viene a obstaculizar la cooperación internacional que se ha impuesto como una necesidad en todos los tiempos, consideramos que uno de los medios idóneos para lograrlo, es la celebración de tratados internacionales multilaterales que atenúen dichas divergencias.

BIBLIOGRAFIA

- AGUILAR NAVARRO, Mariano; Derecho Internacional Privado; Madrid; Universidad de Madrid, 1982, T. II.
- ALCINA, Hugo; Tratado de Derecho Procesal Civil; Buenos Aires, Editorial Ediar, 1942, T. II.
- ARJONA COLOMO, Miguel; Derecho Internacional Privado; Barcelona, Editorial Bosch; 1952, 619 p.
- ARELLANO GARCIA, Carlos; Derecho Internacional Privado; 5a. Edición, México, Editorial Porrúa, 1981, 796 p.
- BATIFFOL, Henri; Derecho Internacional Privado; París, Ed. Dalloz, 1971.
- BECERRA BAUTISTA, José; El proceso Civil en México; 9a. Edición, México, Ed. Porrúa, 1981. 753 p.
- BELAIR, Claude, et. al.; diccionario Jurídico Mexicano; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo III, UNAM, México, 1983, 359 p.
- CAICEDO CASTILLA, José Joaquín; Derecho Internacional Privado, 6a. Edición, Bogotá, ed. Temis, 1967.
- CAPPELLETTI, Mauro; El Valor de las Sentencias y de las Normas Extranjeras en el Proceso Civil; Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa - América, 1968.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio; Derecho Internacional Privado, Madrid, Ed. Tecnos, 1971.
- DE PINA, Rafael; Diccionario de Derecho; 5a. edición, México, - Ed. Porrúa, 1976.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando; Teoría General de la Prueba Judicial; T. I, 5a. Edición, Víctor de Zavala Editor, Buenos Aires, 1981.
- FERRER GAMBOA, Jesús; Derecho Internacional Privado, México, - Ed. Limusa, 1977.

- FIORE, Pasquale; Autoridad Extraterritorial de las Leyes, Editorial de F. Góngora, 1889.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo; Introducción al Estudio del Derecho; - Ed. Porrúa, 34a. Edición, México, 1982.
- GUZMAN LATORRE, Diego; Curso de Derecho Internacional Privado; Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1973, 959 p.
- KOS-RABCEWICZ-ZUBKOWSKI, et. al.; Cooperación Interamericana - en los Procedimientos Civiles y Mercantiles; UNAM, 1982, México.
- LESSONA; Teoría General de la Prueba en Derecho Civil; Ed. Reus, 1928, T. I.
- LOPEZ CARLOS, Pedro; Diccionario Teórico Práctico del Enjuiciamiento Civil, Madrid, Imprenta de la Universidad de Domínguez, 1856.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo; De la Territorialidad de las Leyes - a la Nueva Técnica del Derecho Internacional Privado, Valladolid, España, 1977.
- NAVARRETE, Jaime; El Reenvío en el Derecho Internacional Privado; Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1969.
- NIB OYET, J. P.; Principios de Derecho Internacional Privado; - México, Editora Nacional, 1969.
- OSSORIO Y FLORIL, Mahuel, et. Al. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Tomo XVIII, Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, Buenos Aires.
- PALACIO Lino Enrique; Derecho Procesal Civil; Tomo I, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1967.
- PALLARES, Eduardo; Diccionario de Derecho Procesal Civil; México, Ed. Porrúa, 1952.
Derecho Procesal Civil, 11a. Edición, México, Ed. Porrúa, 1985.
- PARDO, Alberto Juan, Derecho Internacional Privado, Buenos Aires, Editorial Abaco, 1976.

- PAREDES, Angel Modesto, Teoría General del Derecho Civil Inter nacional; Quito, Universidad Central, 1931.
- PEREZ VERDIA, Luis; Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado; Guadalajara, 1908, Tip. de la Esc. de Artes y Oficios.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel; Notas Sobre el Principio de Territorialidad y el Sistema de Conflictos en el Derecho Mexicano, 2a. Edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.
Técnicas para la Solución de Problemas Derivados del Tráfico - Jurídico Internacional; México, UNAM, 1980.
- ROMERO DEL PRADO, Víctor; Derecho Internacional Privado; Córdoba, Ed. Assandri, 1961.
- ROSENBERG; Tratado de Derecho Procesal Civil; Buenos Aires, Ed. Ejea, Tomo II.
- SIQUIEROS, José Luis; Los Conflictos de Leyes en el Sistema Constitucional Mexicano; Síntesis de Derecho Internacional Privado; 2a. Edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.
- TENA RAMIREZ, Felipe; Leyes Fundamentales de México: 1808-1971, México, ed. Porrúa, 1971.
- TRIGUEROS SARABIA, Ediarido; Estudios de Derecho Internacional Privado, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.
- ZAVALA, Francisco; Elementos de Derecho Internacional Privado, 2a. Edición, México, Secretaría de Fomento, 1889.
- CUPRILL, Charles.
El "Forum Judicial" y el Derecho Moderno
Revista de Derecho Puertorriqueño. Año XVIII, No. 71, 1979.
Ponce, Puerto Rico.
- FEBRES POB EDA, Carlos
Aplicación del Derecho Extranjero.
Cuadernos de Derecho Público.
No. 5, 1979.
Mérida Venezuela.

- HERRERO RUBIO, Alejandro.
Problemática de la Aplicación del Derecho Extranjero.
Anuario de Derecho Internacional.
Vol. IV, 1977-78.
Pamplona, España.
- LUNA OBREGON, Luis Felipe
De la Aplicación de Leyes Extranjeras.
Boletín del Depto. de Investigaciones Jurídicas.
No. 9 enero-marzo, 1983.
Guanajuato, Gto.
- RUIZ MORENO, Mario
La convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca
del Derecho Extranjero.
Revista de Investigaciones Jurídicas.
Año 8, No. 8, Tomo I, 1984.
México, D.F.
- SILVA, Jorge Alberto.
Revista de Investigaciones Jurídicas.
Convención sobre Prueba del Derecho Extranjero.
Año 8, No. 8, Tomo I, 1984.
México, D.F.
- ZAJTAY, Imre
Problemas Fundamentales Derivados de la Aplicación del Derecho
Extranjero.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado.
Año XI, Nueva Serie, Núm. 33
Septiembre-diciembre 1978.
México, D.F.