



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

228
228

**ASPECTOS JURIDICOS SOBRE LAS SOLUCIONES
UNIFORMES EN CONFLICTOS INTERNACIONALES**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
ALEJANDRO MALACARA ORTIZ DE MONTELLANO
MEXICO, D. F. 1983



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 esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

I N D I C E

PAG.
No.

I N T R O D U C C I O N

I. MARCO TEORICO (Conceptos Generales)

1.- ANTECEDENTES	1
2.- ESCUELA ITALIANA	8
3.- ESCUELA HOLANDESA	11
4.- ESCUELA FRANCESA	13
5.- TEORIAS MODERNAS	16
6.- DOCTRINA INTERNACIONALISTA	17
7.- DOCTRINA DE WACHTER	20
8.- CONFLICTOS NEGATIVOS	25

II. LA REMISION

1.- CONCEPTO	29
2.- TRIGUEROS - EL REENVIO	30
3.- BATIFFOL - LE RENVOI	35
4.- TEORIA DE FRANKENSTAIN	36

III. LA CALIFICACION

1.- CONCEPTO	39
2.- TEORIA DE BERTAIN	43
3.- TEORIA DE GAXIOLA	47
4.- TEORIA DE TRIGUEROS	50
5.- TEORIA DE ARMINJON	53
6.- TESIS DE CAVAGLIERI	55
7.- CALIFICACION EN LOS CONFLICTOS DE LEYES	57
8.- LA CALIFICACION PARA BATIFFOL	60

	PAG. No.	
IV.	EL ORDEN PUBLICO	
	1.- CONCEPTO	64
	2.- TEORIA DE VALERY	66
	3.- TEORIA DE PILLET	69
	4.- TEORIA DE NIBOYET	71
	5.- TEORIA DE BATIFFOL	74
	6.- TEORIA DE TRIGUEROS	78
V.	EL FRAUDE A LA LEY	
	1.- CONCEPTO	82
	2.- TEORIA DE GOLDSCHMITH	85
	3.- TEORIA DE BATIFFOL	87
	4.- TEORIA DE DUNKER	89
	5.- TEORIA DE GAXIOLA	90
VI.	CONCLUSIONES	96
	BIBLIOGRAFIA	99

INTRODUCCION

El preparar para presentar el exámen profesional en su aspecto escrito, un tema como el que he escogido, significó para mi el enfrentarme con tres problemas fundamentales, el primero que los libros consultados, al hacer la investigación y procurar la expresión de los diversos autores que traté de analizar, sobre los conceptos que en el cuerpo de mi tesis desarrollé, escriben poco de ello, y por consiguiente la bibliografía que encontré no fue mucha, sin embargo, se consultaron los libros de manera cronológica y analizando diferentes ideologías.

Posteriormente descubrí que no existen variantes en las posturas a la solución de los llamados parámetros, después de la investigación realizada, he descubierto que el autor que resuelve cada uno de los conceptos con mayor amplitud y profundidad es el Maestro Eduardo Trigueros Saravia, y por mi parte por convencimiento y por no haber encontrado argumentos posteriores o de mayor valor, me he sostenido en las ideas de este autor en el desarrollo de mi tesis.

Ahora bien, el tercer problema que se me presentó en el desarrollo de este trabajo fué en el que algunos de los parámetros, los diversos autores consultados, profundizan en alguno de los conceptos

y en otros poco hablan ó dicen en sus estudios, esto considero el motivo por el cual el promedio de páginas de mi tesis, resulte irregular, no obstante procuré buscar todas las soluciones de otros autores consultados; Es por éste motivo por lo que se notará en mi tesis, que hay en cuanto al volúmen de páginas una notoria variante.

No obstante lo anterior, me traté de esforzar en el conocimiento profundo de todos y cada uno de los conceptos que forman esta tesis.

" POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU "

Alejandro Malacara O. de M.

CAPITULO I

CONCEPTOS GENERALES

Para nosotros poder determinar las posibles soluciones a los conflictos de leyes en el espacio, es necesario que demos algunas definiciones a fin de poder profundizar en el estudio de las políticas de los países en esta materia.

Como se sabe, cada país tiene reguladas - sus propias normas de Derecho Internacional Privado, lo que considero, es uno de los mayores problemas para la - solución de conflictos que se suscitan entre dos ó más es tados. Estimo conveniente, para el estudio de este tema, el que nos remontemos en la historia hasta llegar al ori gen del actual Derecho Internacional Privado, así como - lo concebimos actualmente.

Transportandonos en el tiempo y en el espacio, nos ubicamos en el antiguo derecho de los pueblos mediterraneos en el que su gran divulgación territorial se funda en parte en el JUS GENTIUM el cual, consideraban como el fondo jurídico de un extenso grupo de estos pueblos.

El jurista Jean Paulin Niboyet, al respec

to, comenta "Si el Derecho Internacional Privado hubiere alcanzado el mismo grado de desarrollo que el Derecho de Gentes, las soluciones proporcionadas por el mismo llegarían a convertirse, en muchos de sus aspectos, - en soluciones comunes a las naciones. (1).

Los Jus Naturalistas como Grossio Vittoria y Suárez, dan el término de *JUS GENTIUM* al Derecho de Gentes, refiriéndose a lo que ahora se llama Derechos Humanos, sin embargo en el siglo sexto se habló del Derecho del extranjero como origen del "*Professio Juris*", -- creándose así el Derecho de los extranjeros, en páginas posteriores ahondaré este tema.

En el Derecho Romano Clásico se presentan situaciones creadas por derechos fuera del Imperio, los Juristas Romanos comprendieron la enorme necesidad de no cerrarles las puertas a los tribunales de los extranjeros, asegurándoles en la administración de justicia fallos ó resoluciones justas para ellos y sus intereses.

(1) Niboyet J.P. - Derecho Internacional Privado. Pág. 304-305.

Como lo comentamos anteriormente, esta primitiva facultad, concedida a los grandes Magistrados Romanos, para juzgar sin tomar en cuenta al "Jus Civile", derecho que regía a los ciudadanos romanos, dió origen a lo que después se conoció como el JUS GENTIUM ó DERECHO DE GENTES.

En lo que respecta a la aplicación de leyes extrañas en el antiguo derecho, el maestro Eduardo Trigueros Saravía (2) nos señala que no es, sino hasta el Derecho Romano donde podemos empezar a ahondar en la investigación del Derecho Actual. Ya que en épocas anteriores no podemos encontrar raíces de las soluciones a conflictos Internacionales o Leyes extrañas como señala este autor.

Roma se manifestó imperialista, luchando incansablemente por obtener dominio sobre otras naciones, y hacer de Roma la capital del mundo.

La tendencia adoptada por los Magistrados Romanos en lo que respecta a fallas justas, resul--

(2) Trigueros Eduardo - Derecho Internacional Privado.
Pág. 29-32.

tantes de la Administración de Justicia para aquellos - que no fuerán ciudadanos Romanos no fué solamente idea- da ó desarrollada por el concepto de justicia, sino fue punto principal para facilitar la emigración de extran- jeros a Roma, que fué importantísima para el desarrollo económico-social de la Ciudad.

Desde el año de 476 D.C., fecha que la historia ha considerado como la caída del Imperio Roma- no de Occidente, hasta la famosa codificación de Justi- niano, se trató de unificar tanto el Derecho Público co- mo el Derecho Privado, borrando así diferencias de las legislaciones de diversos pueblos que integraban ya el Imperio Romano y esto trajo como consecuencia la suje- sión de los habitantes de estos pueblos a leyes igua- les.

A la caída del Imperio, se vino una enor- me invasión de pueblos, mismos que carecían de civiliza- ción y eran movidos por tradiciones e ideas religiosas, esto trajo como consecuencia que surgieran "problemas - originados por el régimen de derecho personal y solucio- nes adoptadas" (3), las tribus invasoras formaron fami-

(3) Eduardo Trigueros - Derecho Internacional Privado.
Pág. 35.

lias que se fueron uniendo y así formaron comarcas y comunidades. Por esta fusión de tribus, quienes poseían - sus propias leyes, devinieron conflictos en cuanto a la validez de cada uno de los sistemas de derecho, y la solución que se dió es que cada individuo sería regido - por las leyes de su propia tribu, esto es lo que el - maestro Trigueros llama Ley Personal (4). Una vez que - llegaron a un alto grado de fusión las diferentes tri- bus, surgen conflictos de Leyes ya que no era fácil i- dentificarse como anteriormente sucedía para poder de- terminar cual sería la Ley aplicable a ese caso concre- to, se empió lo PROFESSIO JURE en la cual se debería - de señalar a qué raza ó tribu se pertenecía f in de sa- ber que Ley lo regía, apareciendo así el "Estatuto Per- sonal, es decir, el sistema de Derecho que rige a una - persona determinada independientemente del sistema de - Derecho Vigente en el país en que se encuentra" (5).

Transportandonos a épocas posteriores po- drems apreciar que en la conquista de nuestro país, se creó una situación análoga ya que se pusieron en contac- to dos razas completamente distintas etnicamente, teolo

(4) Trigueros Eduardo-Derecho Internacional Privado.

Pág. 35.

(5) IBIDEM - Derecho Internacional Privado.

gicamente, culturalmente etc. Y cuya convivencia era imposible bajo las leyes que en ese entonces existían en España.

Volviendo al tema del *JUS GENTIUM*; algunos autores como el maestro Rafael de Pina consideran que el Derecho de Gentes se destina a precindir de las relaciones internacionales, defina a este derecho como un "Conjunto de principios de carácter normativo universalmente aceptado por las naciones".(6).

Este Derecho desde la época Romana ha venido considerándose tradicionalmente como un derecho intermedio entre el *JUS NATURALE* y el Derecho Positivo, afirmandose que ambos derechos tienen afinidad entre ellos.

Actualmente, cada país da a los conflictos internacionales soluciones viendo por sus intereses, que como lo podemos ver en la actualidad es equivocada en la mayoría de las ocasiones o bien aceptada por la otra parte ó país en conflicto.

(6) De Pina Rafael - Diccionario de Derecho. Pág. 183.

El poder determinar el imperio de las leyes en el espacio es uno de los problemas más complejos.

A fin de determinar la obra de soberanía de los estados, a este respecto. El actual presidente de México, plazmando las ideas de Rousseau nos señala que "Ningun otro derecho a esta soberanía puede ser -- atendido.

Por incontestable que parezca, cuando sea perjudicial a la independencia y felicidad de la Nación" (7). Considero que el planteamiento del Lic. Miguel de la Madrid, es en el sentido de que no obstante la problemática que se sucite, siempre se verá por el bienestar de la nación y sus ciudadanos independiente-mente del conflicto internacional que se presente.

El principio de independencia de los Estados, nos hace pensar que hay tantas soluciones a conflictos internacionales como países diferentes existan,

(7) De la Madrid Miguel - Testimonios. Pág. 125.

esto es, lo que el Surista Jean Paulin Niboyet llama - "Carácter Nacional de las reglas referentes a los conflictos de Leyes" (8).

En lo que respecta a las leyes extranjeras en los países se aplican en virtud a una obligación Jurídica como lo conceptuarón las escuelas Holandesa y Francesa del siglo XVII, ellas sostienen que las leyes extranjeras nunca son aplicables, considero esta postura como un concepto jurídico y a todas luces positivo.

Para poder posteriormente profundizar - sobre esta tesis considero pertinente hacer un pequeño estudio de las escuelas estatutarias del Derecho Antiguo.

ESCUELA ITALIANA

Esta escuela nace en Italia en el siglo XIII siendo sus integrantes los glosadores y posglosado

(8) Niboyet J.P. - Derecho Internacional Privado. Pág. 237.

res (año de 1250 D.C.). Existían en este país numerosas Ciudades, principados etc., quienes tenían una autonomía propia y se regían bajo lineamientos internos, no obstante en el aspecto externo estaban subordinados a la soberanía del Emperador Alemán. El Derecho común de aquellas entidades, lo era el Derecho Romano, no obstante cada Ciudad tenía legislaciones propias diferentes a los de otras Ciudades en cuanto a sus principios. No podemos dudar que en aquella época los conflictos de leyes se acentuarón, esto como consecuencia al enorme florecimiento y desarrollo del comercio, que fue el "modus vivendi" de estos pueblos, y esto hizo que se buscara la forma de reglamentar los conflictos que por este hecho se originaban. Así surge la teoría propuesta por esta escuela pretendiendo resolver las controversias que se originaban entre las legislaciones locales y el Derecho común de aquel tiempo, así como las que se derivaban de las legislaciones de esas Ciudades entre sí.

Esta corriente como ya lo dijimos se forma en el siglo XIII, no obstante se desarrolla plenamente en los siglos posteriores ejerciendo una enorme influencia en la mayoría de los pueblos Europeos, hasta -

que surge la doctrina propuesta por D'Argentre, creador de la escuela Francesa.

No obstante a esta escuela se le conoció como la escuela Italiana de los Posglosadores, es necesario referirnos a los glosadores quienes tratan de resolver los conflictos mediante la Glosa del Digesto del Código de Justiniano, entre otros textos jurídicos romanos.

Dentro de los juristas más destacados en esta época podemos señalar a Cinco de Pistoya Petrus de Bella, Petrica, Jacques de Revigny y Accursio, este último glosó la ley "Cunctos Populus de Justiniano que en la actualidad es más conocida como "glosa de Accursio". Estos autores fueron los creadores de la escuela Italiana.

Posteriormente tenemos a Bartolo a quien se le considera el fundador o padre de esta escuela, otro expositor de gran importancia es Dumolin (Carolus Molinoaus) quien renovó los principios de esta escuela en el siglo XVI, y quien es autor de la teoría de la Au

tonomía de la Voluntad en materia de contratos.

La característica principal de esta escuela está en el método que utiliza para la resolución de conflictos de leyes en el espacio. Esta escuela no propugna por una regla general de solución, sino por lo contrario, toma diferentes facetas concepto que mas adelante analizaremos mas profundamente ya que es uno de los parámetros mas importantes en Derecho Internacional Privado.

La teoría de la escuela Francesa, no esta exenta de criticas. Se le ha objetado el no compaginar el principio de extraterritorialidad de ciertos lineamientos jurídicos, sin embargo no podemos dejar de reconocer su importancia y trascendencia respecto de otras consideraciones teóricas.

ESCUELA HOLANDESA

Surge la tercera escuela estatutaria en el siglo XVII, adoptando las necesidades que en la época

tenía el Estado Holandés sin olvidarnos de la región Belga; ambos países debido al incremento comercial, establecieron magnificas relaciones entre ellos, no obstante Países y Ciudades eran independientes entre si, teniendo leyes propias o sea un fuerte carácter territorialista. Esta situación trajo serios conflictos de leyes que se les tenía que dar una inmediata solución.

De los autores destacados de esta escuela podemos nombrar a Pablo Voet, Jean Voet y Ulrich Ituber quienes, elaboraron una doctrina que les permitió solucionar los conflictos de leyes planteados por esa situación.

La escuela Francesa influyó grandemente en las concepciones de la teorías Holandesas, ya que estas últimas debido a su régimen territorialista y al --feudalismo aceptaron los principios de:

- 1) División de Leyes Reales y Personales.
- 2) De la territorialidad absoluta.

No obstante admiten ciertas excepciones a este último principio no aceptando la aplicación de una Ley extranjera en el territorio nacional o viceversa. Si se permitía la aplicación de una ley nacional en

el extranjero o una ley extranjera en territorio nacional, se debía al principio de cortesía internacional ó "Comitas Gentium", esto es, los jueces holandeses no -- tenían ninguna obligación derivada de una exigencia del derecho de aplicar una ley que no fuera la propia, y de los problemas optando por clasificar las leyes (tema - que mas adelante trataré), y solucionar la ley competente de aplicar en caso concreto.

ESCUELA FRANCESA

La influencia y desarrollo de la escuela Italiana sintió un fuerte golpe en el siglo XVI, gracias al surgimiento de la escuela Francesa, la cual se originó por la reacción en contra de la escuela Italiana, misma que se dió por los intensos cambios políti--cos, sociales y económicos que sufrían los pueblos europeos de la época, toda vez que era necesario conciliar los principios establecidos por los Postglosadores con el régimen feudal imperante en Francia en ese tiempo.

Los Postglosadores permitían que una Ley particular se aplicara fuera del límite territorial, y opuesto a este principio el régimen feudal era territorialista sin -- aceptar la aplicación de Ley alguna que no fuera nacional.

El fundador de esta corriente fue D'Argente quien es el autor de la obra "Comentarios a la Costumbre de Bretaña" obra en donde expone su teoría -- sobre conflictos de leyes en el espacio, construyendo -- así la piedra angular de la escuela Francesa.

Este autor fue nacionalista y de carácter feudalista por consiguiente no podían sus ideas comulgar con las de la escuela Italiana.

En su obra hace una división de leyes -- en 2 clases: Personales y Reales. Las primeras aque-- llas normas que regulan los derechos de la persona, las segundas las que dan lineamientos a las cosas y los bienes.

Concluye este autor diciendo que "Los estatutos reales son territoriales y los personales ex-

traterritoriales" (9).

Otros celebres autores fuerón Frolan, - Boullenois, Bouhier, Pathier y Merlin quienes en mayor- ó menor medida contribuirón para la formación de los - principios de esta escuela.

En lo que se refiere a las leyes reales- y personales estos juristas estan calificando rigurosa- mente las normas. En caso de aplicarla en virtud al -- principio de cortesía internaciona, que se basa en el interés bien entendido de cada estado.

Se criticarón las ideas de esta escuela por la insubstancialidad de la base para determinar la aplicación de las leyes extranjeras en territorio nacio- nal, toda vez, que aunque mas lógica la posición de la escuela Francesa, adolece del defecto de salirse del -- campo jurídico apeandose a principios de cortesía inter- nacional. En el caso de aceptar esta teoría, nos llevaría a aceptar una situación de hecho, que es la de que el juez nacional en forma arbitraria decida si aplica -

(9) Trigueros Eduardo - Estudios de Derecho Internacio- nal Privado. Pág. 63.

o no este principio de "Comitas Gentium" para aplicar -
o no una ley extranjera a una relación que tiene elemen-
tos no nacionales.

TEORIAS MODERNAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El maestro Jorge Gaxiola, basandose en -
los lineamientos del maestro Eduardo Trigueros, adopta
una clasificación de las Teorías Modernas para la solu-
ción de controversias de los conflictos de leyes en el
espacio, dividiendo así, estas en Doctrinas Internistas
y Doctrinas Internacionalistas.

A este respecto, el maestro Gaxiola nos
dice: "Tenemos por un lado a los creadores de la escue-
la Histórica que pretenden, asentar el problema en la -
comunidad de derecho formada por la emanación de la con-
ciencia jurídica popular de evolución idéntica, y de de-
sarrollo semejante en todos los países civilizados, y -
quieren fundar las reglas o normas relativas a la solu-
ción del mismo problema en principios o preceptos su--

perestatales. (internacionalista).

Y la otra tendencia (internista) que esta compuesta por los partidarios de la escuela positivista, calificando de romantica a la escuela Histórica, colocan su punto de partida en el derecho de cada estado, viendo el problema del Derecho Internacional Privado como uno - de los tantos problemas que cada soberano debe resolver dentro de la esfera norma de su función legislativa, y - en consecuencia, se niegan a buscar una solución al problema fuera de la legislación estatal. Es así como simul taneamente nacen en Alemania las dos grandes tendencias. La tendencia Internacionalista apoyada en la teoría histórica del derecho y la teoría internista apoyada en el positivismo, aquella expuesta por el expositor de la escuela histórica Savigny, y ésta propuesta por Waechter.

DOCTRINA INTERNACIONALISTA
TEORIA HISTORICA - SAVIGNY.

Este es el más conotado autor de esta co-

rriente Internacionalista, es el Alemán Savigny quién - después de hacer profundos estudios sobre los conflictos internacionales en el espacio, consideró que no es posible admitir una clasificación de las leyes ó estatutos - en reales y personales como lo establece la escuela francesa moderna. Es evidente que existen estatutos reales, que son aquellos que se refieren a las personas pero esto no quiere decir, que todas las leyes pertenezcan a -- una de estas dos categorías, ya que hay una gama enorme de leyes que su objeto no son las cosas ó las personas, sino mas bien, se concretan a regular la forma externa - de los actos jurídicos, como el matrimonio, las sucesiones etc.

Savigny no comulga con las ideas que la - escuela Holandesa del siglo XVII; con relación al principio de la cortesía internacional debedo a que este autor considera, que es importante aplicar la ley extranjera - por ser la única que tiene competencia. Su aplicación no implica su sometimiento de las autoridades jurisdiccionales a las leyes extranjeras, ya que, esta se aplica porque es la que tiene elementos no nacionales y esto trae aparejado una desviación del sentido y objeto de la ley.

En lo que se refiere a la aplicación ya -

sea territorial ó extraterritorial de una ley, este jurista consideró que ante todo, las leyes deben de respetar los límites de aplicación que normalmente le corresponden. Distingue Savigny entre el derecho de la persona respecto del cual no existe ninguna dificultad ya que es el de la ley del domicilio; y el derecho que es aplicable a cada relación jurídica, la considera individualmente; aquí considero hay una confusión, ya que este caso se presenta cuando la persona interviene en alguna relación jurídica, debiendo aplicarse el derecho de esta relación en particular y no el de la persona. Creo que es importante el precisar cuál es la ley de la relación lo que se consigue mediante la noción de la sumisión voluntaria; punto que trataré más adelante en esta tesis por ser de trascendental importancia.

Sin embargo existen relaciones en las que es difícil hablar de sumisión voluntaria y por ello los discípulos de Savigny substituyen este concepto por el de "Naturaleza de las Cosas" que no hace sino provocar mayor confusión e incertidumbre.

DOCTRINA DE WACHTER

El Alemán Carl Georg, Von Wachter escribió sobre los conflictos de leyes, materializando sus ideas en un ensayo publicado en la revista jurídica "Die Archiu Fur Die Cuvilistische Prinxis", publicado en Alemania en el año de 1841. En su época estaba vigente en los estados Alemanes la ley del Derecho Romano, que no será otra cosa, más que el Derecho común para el sistema Alemán imperante en su época; no obstante cada estado tenía su propia legislación e interpretación sobre este derecho común, algunos países como Austria y Rusia tenían perfectamente estructuradas reglas de solución de conflictos plazados en algunos códigos, esto originaba serios conflictos tanto de leyes como de jurisdicciones.

Esto lo visualizo Wachter escribiendo el citado ensayo analizando primeramente los orígenes del problema, después, se plantea la pregunta de si la ley común contenía suficientes principios de especiales previsiones sobre los conflictos de leyes; posteriormente habla de los "Principios Rectores" ó directores y en el

último planteamiento, aborda el tema de la teoría de los estatutos personales ya sean reales ó mixtos.

En materia de conflictos de leyes, este autor señala los siguientes principios a seguir:

1) El juez debe realizar primero aquello que específicamente proviene de la ley nacional, en relación con la ley que debe ser aplicada.

2) El juez debe primero determinar cada estatuto de su estado, con la relación jurídica puesta a su consideración, para ver si está de acuerdo con el sentido del estatuto que debe ser aplicado exclusivamente, aún cuando la relación fué creada en el extranjero ó en ella intervino un extranjero, ó bien, que el estatuto no necesita ser aplicado; y cuando el juez concluye en la primera forma, debe de aplicar el estatuto exclusivamente (10).

(10) Wachter "Die Archiv Fur die Civilistrada Praxis".

COMENTARIOS A LOS PRINCIPIOS DE WACHTER

Con relación al primer principio, este autor parte de la consideración de que el juez debe en primer lugar tomar en cuenta lo establecido por la ley nacional, y en el caso de que no exista dentro del derecho propio del estado una regla específica, se deberá buscar la solución en el sentido de las leyes especiales que -- puedan regular la relación jurídica que se le presentó a su consideración; y si del espíritu de estas leyes se -- desprende que su aplicación a extranjeros, o a relaciones no nacionales, el juez deberá proceder de acuerdo a éstas.

En lo que respecta al segundo principio, la ley nacional debe ser siempre aplicada, cuando la relación jurídica esté de acuerdo con el espíritu y sentido de la ley nacional, y solamente en el caso de que la autoridad que conoce del asunto, al analizar éste, decida que los lineamientos de la ley nacional no deben ser aplicados, se puede aplicar una ley extranjera.

En resúmen Wachter da al juez la facultad de determinar si es, o no aplicable la ley nacional, lo cual creo que no es correcto ya que implica serios riesgos, además de que excluye la seguridad jurídica.

Como lo hemos venido analizando, para ser mas precisos, podemos indicar que siempre existe entre los Jus Naturalistas y los Jus Positivistas un conflicto de que el "Jus Gentium" (derecho natural) proviene del derecho del hombre.

El maestro Jorge Gaxiola considera que fue el Derecho Internacional Privado, el que le dió origen a éste en el siglo XVII, se habla del Derecho de Gentes, ó Derecho Humano, como "Jus Gentium" siendo un error, ya que el Derecho Internacional Privado nace de este último, el origen de éste Derecho, nació del PRETOR PEREGRINUS el cual provoca las glosas sus autores, quienes reciben el nombre de Glosadores, hablan del "Jus Gentium" como el Derecho Humanitario.

El cómo se aplica, también para poder analizarlo remontemonos a ese Professio Juris en el que se afecta una ley propia y esto trae como consecuencia el -

nacimiento del Derecho Internacional Privado.

Los Romanos respetuosos del Derecho, escribían Ley con tres mayúsculas "LEX" por la importancia que a esta le daban, lo demás eran estatutos: lineamientos secundarios de aplicación.

Cuando fue necesario ver una LEX contra un estatuto se preguntaron cuál derogaba a cuál; si el estatuto derogaba a la LEX lo haría para siempre; al establecer cual de los dos era mas poderoso surge el nacimiento del Derecho Internacional Privado para dar una solución al conflicto.

Se nombraron a jueces especiales para conocer de estos conflictos, quienes recibieron el nombre de Pretor Peregrinus dictando el Derecho entre los Romanos y los Foraneos, y como se confundían las leyes, les permitían dictar el Derecho conforme a su real entender y no fundamentandose en las mismas, ya que éstas se encontraban en conflicto, de ahí se genera ó nace el "Jus Gentium", como ya lo hemos visto.

Es por esto que considero que es un error de los Jus Naturalistas el hablar del Derecho de Gentes igual a los Derechos Humanos, como lo analizamos anteriormente, este es muy posterior.

Para el maestro Gaxiola "El Derecho Internacional Privado es la aplicación de la Ley extraña por mandato de la norma interna, el imperio de la ley de -- acuerdo con el territorio y la nacionalidad ó la voluntad del propio legislador" (11).

CONFLICTOS NEGATIVOS

El maestro Jorge Aurelio Carrillo explica: (12). Que atendiendo a cada una de las soluciones propuestas se pueden desprender de ellas tendencias doctrinales actuales, de esta manera, si se adoptara la forma

(11) Jorge Gaxiola - Apuntes de Derecho Internacional Privado.

(12) Jorge A. Carrillo-Apuntes de Derecho Inter. Privado.

de solución de conflictos de leyes que dice: "La relación extranacional debe regularse por los derechos de - dos países", nos encontraremos en presencia de una postura eminentemente negativa del Derecho Internacional Privado, ya que tácitamente al afirmar que únicamente son - aplicables los Derechos de esos países, se excluye al De recho Internacional Privado. Para llegar a esta conclusión existen 2 principios:

1) Sólo es derecho el que emana del Estado.

2) En un Estado no hay más Derecho - que el propio.

En este punto creo importante hacer notar lo que Wachter decía al respecto:

"El Legislador no piensa con la cabeza piensa con la - Ley"

Considero conveniente hacer un comentario a estos principios, con el fin de comprender mejor esta postura negativa del Derecho Internacional Privado. Si partimos de la base de que sólo es derecho el que emana de sus legislaciones sin dar opción a derechos emanados

de fuentes distintas, olvidando así que es el Estado un producto del derecho. Si el Derecho del primer país sólo es derecho dentro de su Estado el segundo país evidentemente tomará la misma postura. Y esto se resumiría que para el primer Estado el Derecho del segundo no es derecho y viceversa.

No es posible negar los derechos de otros países ya que tomando esta postura únicamente llegaríamos a negar el Derecho Internacional Privado, como también negaríamos los derechos de los Estados que componen a la comunidad jurídica internacional y por último lo que es evidente negaríamos la existencia de los conflictos de leyes.

Además en el supuesto de aceptar que sólo existe el Derecho Nacional, no habría por consiguiente problema alguno, por lo que considero que esta postura es desde todos los puntos de vista equívoca totalmente.

La doctrina que nos ocupa, adopta los principios de la territorialidad absoluta, ya que valga la redundancia, territorializa el derecho porque al declarar que en un Estado no hay más que el propio, se a-

firma que el derecho propio no es derecho fuera del Estado.

CAPITULO II

LA REMISION

La Remisión recibe en el Derecho Francés el nombre de "Renvoi", que significa en castellano Reenvío, devolución o emplazamiento; en materia Internacional este es uno de los conceptos y problemas más importantes con los que nos topamos en el estudio del Derecho Internacional Privado y especialmente en lo que respecta a los conflictos considerados negativos entre varios estados.

El problema de la remisión como lo dije anteriormente, supone una controversia de carácter negativo debido a que ninguno de los estados que intervienen quiere aplicar su propia ley interna.

El maestro J.P. Niboyet se plantea una pregunta respecto al problema de la remisión: "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" (13).

Respecto a la remisión el maestro Jorge Gaxiola nos señala que: "la función de la norma de derecho internacional privado, es declarar el derecho aplicable al caso concreto" (14), esto es, el Derecho Internacional Privado ordena cuál de las leyes se debe aplicar.

(13) Niboyet J.P. - Derecho Internacional Privado -Pag 319

(14) Gaxiola Jorge - Apuntes de Derecho Internacional Privado UNAM.

El Maestro Eduardo Trigueros decía que: "Un legislador como no podía prever todas las cosas, buscaba un punto de contacto en u propia norma, que se llamaba Vinculación y esto va a servir para declarar a la norma aplicable". (15)

Es por esto que decimos que se "envía" a aplicar cierto precepto normativo no importando de que país sea, únicamente que se adecue a lo que el legislador busca.

En este punto de contacto o vinculación, lo que se debe buscar es la norma de carácter sustantivo, que va a ser aquella que resolverá el conflicto, es por eso que según el maestro Trigueros la remisión como tal no existe.

Los franceses conceptúan a la remisión o renvoi, ya que van a una norma indirecta de derecho internacional privado más no buscan la norma sustantiva.

Volviendo a los conceptos del Maestro Gardola, podemos señalar que la remisión no es más que la doble aplicación de la norma de derecho internacional privado. Se ordena que se aplique otra norma de internacional privado que es la que regresa a aplicar la norma primera u original.

(15) Trigueros Eduardo - Estudios de derecho Internacional Privado

Para Goldschmidt la norma de derecho internacional privado, tiene como función la de declarar este derecho pero nunca otra norma de internacional privado sino la sustantiva, aquella que va a resolver el fondo del problema. Es por ésto, que el maestro Gaciola a la remisión la llama doble aplicación de la norma de Derecho Internacional privado como anteriormente lo habfa dicho.

En respuesta a la pregunta que se plantea Niboyet, considero que si son aplicables y de hecho y derecho se aplican disposiciones de derecho interno, se dice que no hay remisión. Por otro lado, si se aplican disposiciones a controversias de leyes que formulan las legislaciones de un país cuya ley es competente, estaremos en presencia de la remisión; la solución de este problema se devuelve a la ley que las disposiciones consideran competentes.

En caso concreto, si se llegara a presentar juicio sucesorio en la Ciudad de México, las leyes mexicanas disponen que la sucesión está sometida a la ley donde se encuentra el inmueble, en caso contrario, en Italia sus leyes consideran al respecto 2 hipótesis:

a) La inadmisión de la remisión, cuando el juez aplicará las leyes internas italianas en materia civil, o sea los lineamientos del derecho sucesorio italiano, y con esto no habrá problema alguno.

b) Admisión de la remisión, el juez deberá aplicar el derecho italiano referente a sucesiones. Pero en este caso a diferencia

de lo dispuesto por el código civil mexicano, somete las sucesiones a la ley nacional del difunto, y esto, trae como consecuencia que por remisión el juez italiano, someterá el litigio a nuestras leyes. Aquí podemos entonces apreciar el problema de la remisión debidamente planteado.

En la práctica, en la mayor parte de los países, este problema de la remisión se ha planteado con una fuerza extraordinaria.

El jurista francés Henri Batiffol señala que " la doctrina existen dos formas de remisión, la primera, que es la ley extranjera a la del juez que conoce del problema en caso de que éste acepte la remisión, aplicará su propia ley interna a la solución del asunto. Esto se llama remisión de primer grado; en segundo lugar, tenemos la remisión de segundo grado la que hace no a la ley del juez que conoce del asunto, sino a la ley de un tercer país. (16)

En lo que respecta a la definición de este concepto de remisión el maestro Rafael de Pina lo denomina Reenvío señalando que:

"Reenvío es el método de aplicación de una ley extranjera que exige tener en cuenta la referencia que haga a las reglas establecidas sobre la solución de los conflictos de leyes en el espacio, el sistema jurídico a que pertenece la ley interna del país del órgano jurisdiccional, que entienda en el caso concreto" (17)

(16) Batiffol Henri - Traité élémentaire de Droit international Privé traducción libre del sustentante,

(17) De pina Rafael - Diccionario de derecho Pag.327

Volviendo al estudio de la remisión, entremos al campo de la jurisprudencia, la que en la mayor parte de los países, admite la figura jurídica de la remisión. esta en materia de competencia legislativa se originó en Francia en el año de 1878, con la sentencia dictada sobre lo que se conoció como el "Asunto Forgo" (18). Esto se trató de una sucesión inmobiliaria, Forgo era un bastardo de nacionalidad Bárvara quien llegó desde los 5 años a recidir a Francia donde murió a la edad de 68 años dejando como herencia bienes muebles.

La ley que se debería aplicar a este caso era la ley Bárvara, los tribunales franceses decidieron que este individuo había conservado su domicilio de origen; Ya que la jurisprudencia francesa manifiesta que los extranjeros no tienen domicilio en Francia, se decidió que se debería consultar el código Bárvaro para proceder a dar solución con base a las disposiciones sucesorias al momento de integrar el haber hereditario.

Esto dió origen a que se planteara la procedencia o improcedencia de la remisión, preguntándose así, si se debía aplicar la ley Bárvara; La herencia entonces pasaría a los herederos colaterales y fundamentándose en el código civil francés en su artículo 713, la herencia quedaría vacante pasando así al estado francés.

Una institución denominada la Administración de los dominios franceses, argumentó que el código bárvaro era aplicable a este caso, debido a que este contenía disposiciones sobre las suce -

ciones inmobiliarias y éstas quedaban sometidas a la ley del domicilio del difunto. Aquí podemos apreciar que la legislación Bárbara remite el conocimiento del asunto a las leyes francesas y estas últimas reenvían nuevamente el conocimiento del asunto a las leyes Bárbaras.

En el caso Forgo anteriormente expuesto, se observarán las mismas características técnicas del sistema federal, al que más adelante me referiré, la pregunta que considero nos debemos plantear al respecto de la remisión es la siguiente:

¿Cuál de las leyes que remite a la otra debe aplicarse?

Al respecto considero que se puede comentar que de acuerdo con nuestra Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la capacidad del emisor de una letra de cambio, se rige por la ley del lugar de la emisión: Supongamos que un mexicano de 22 años de edad, emite una letra de cambio pagadera en México y se suscita un conflicto en España, la ley de ese país señala como edad para que el individuo sea plenamente capaz la edad de 23 años, pero si la ley española es la que señala que la capacidad, debe regirse por la ley nacional del individuo, que en este caso es de 18 años la mayoría de edad, ¿debemos juzgar que el emisor de esa letra de cambio es capaz o incapaz?

Un caso muy reciente es el de una mexicana que residía en París, a quien se le declaró incapaz; este problema le fue planteado a un juez popular en la Ciudad de México quien de acuerdo con el

artículo 12 de nuestro código civil, llegó a la conclusión de que si debía aplicarse la ley del lugar del domicilio de la residencia de esta persona, Francia en este caso, pero no obstante lo anterior para el código civil francés es aplicable la ley nacional del individuo o sean las leyes mexicanas.

El jurista Frances Henri Batiffol señala - que "El renvó para la noción de coordinación de reglas - de conflictos internacionales, la doctrina señala que es cerrado el terreno cuando se afirma que el juez debe convenir los conflictos de leyes después de las reglas propias (su propia ley)" (20).

Volviendo a los lineamientos de la escuela internacionalista, existe una afirmación de que "Cuando un Estado establece el régimen de una situación cualquiera - por una ley extraña, lo hace limitando su soberanía legislativa, si la otra ley también limita su soberanía, hay - que tomar en cuenta esa limitación y remitirnos a la primera, dejando en este punto el reenvío, porque de no hacer se así, se estaría cediendo a la soberanía del otro país, sería imponer a un Estado un régimen que no quiere adoptar" (21).

(20) Batiffol - Traducción libre del sustentante.

(21) Niboyet J.P.-Principios de Derecho Inter.Privado. Pág. 407.

TEORIA DE FRANKENSTAIN
(ECLECTICA)

"El sistema puede encomendar el régimen de una situación jurídica a un segundo sistema en una vinculación primaria y abandona así el régimen del fenómeno jurídico a un segundo derecho, el que a su vez puede delegar esa facultad a otro derecho posterior, pero - hasta ahí; ya que este último derecho no tiene facultad de delegar, en la estructuración de esta tesis hay un en vío determinando; la única ley que puede tener una vincu lación primaria es la ley nacional del individuo y eventualmente puede vincular a una ley distinta, pero esta ley ya no tiene poder para vincular esa situación a ese fenómeno a un tercer derecho porque el poder que esta ley tiene es un poder derivado exclusivamente para una vinculación; el único poder absoluto del derecho es el Derecho Natural" (22).

Analizando esta teoría, considero que podemos encontrar un elemento de solución a los conflictos

(22) Ernest Frankenstein-"Una teoría moderna del Derecho Inter. Privado Pág. 385.

de leyes, que es el de la vinculación primaria, que tiene por objeto el someter el fenómeno jurídico a otra legislación. Esta teoría es similar a la de la auto-limitación.

Una vez analizada la remisión legislativa, entremos al campo de la Remisión Judicial; se originó en los tribunales Franceses cuando se trataba de decidir ó determinar la competencia de estos, y establecer si esta era Francesa ó Española. En ocasión de un transporte que corría entre éstos 2 países; se sometió a la ley española, y según la ley francesa, los tribunales de aquel país serían las competentes; no obstante las leyes españolas señalaban que la competencia correspondía al tribunal de destino, siendo en este caso Francia; Este país, se declaró competente aceptando de forma positiva la remisión que al efecto se le hacía.

Una paradoja importante a mi manera de ver es que no obstante parezca que la remisión es un buen elemento para la solución uniforme de conflictos internacionales, es también contraria al fundamento de soberanía, y al principio de la independencia de los Estados. En teoría o siguiendo con la finalidad del Derecho Internacional, sería preferible que todos y cada uno

de los países, tuviesen las reglas y que hubiere una comunidad jurídica internacional.

Un acto de soberanía de un Estado es precisamente cuando esté, formúla lineamientos para resolver conflictos internacionales.

El maestro Trigueros nos da la solución correcta a la remisión cuando nos dice que la norma de Derecho Internacional Privado nos manda incorporar una norma sustantiva que es la de solución y por lo tanto, no existe, la doble aplicación de norma de Derecho Internacional Privado mas que cuando expresamente lo ordene el legislador; ya que si es esto asi lo expresará.

CAPITULO III

LA CALIFICACION DE NORMAS

Este capítulo abarca sobre uno de los parámetros más importantes que existen en materia de Internacional Privado.

La calificación es aquella disposición - que nos indica, el Derecho aplicable a un caso concreto o bien el animus del legislador como más adelante lo -- analizaremos a fondo.

El vocablo calificar, es el dar por bueno o malo algún objeto. Considero el punto medular del tema; todos los hombres desde principios de la humanidad, hemos aprendido gracias a que somos seres que todo lo - clasificamos. Ahora bien, desde el punto eminentemente jurídico, considero que el legislador desde los anales de la historia, ha venido calificando las normas de derecho, y en una u otra forma las ha venido plazmando en las leyes.

El jurista clasifica las instituciones e interpreta las leyes, sobre este punto, hablaré posteriormente ya que primero ahondaré en la calificación -- como noción o concepto jurídico.

Este tema ha sido tratado con mucho interés por múltiples autores, que han profundizado en el estudio del Derecho Internacional Privado. Han existido muchos que han tratado de implantar diversas teorías al respecto, algunas contrarias al Derecho Internacional Privado, como también han habido aquellas novedosas, que han sido piedra angular de diversas corrientes que tratarán este concepto.

Considero primordial antes de ahondar en el tema, dar un concepto de la clasificación.

Henri Bateffol señala que "El problema de la calificación debe su nombre al celebre artículo - publicado por Bartín (autor que más adelante analizaremos su teoría) en 1897 y se considera un verdadero allaz go para la ciencia francesa de los conflictos de ---

leyes" (23).

En realidad este problema ya había sido estudiado en Alemania por el Jurista Kahn, en el año de 1891 en su obra Jhering Jahrbucher tomo XXX bajo el nombre de "Conflictos Latentes".

Podemos decir, que la calificación consiste en la determinación previa de la naturaleza jurídica de la relación jurídica extranacional.

En un principio, no se ocuparon las diversas tratadistas de la calificación en particular, como un problema con sus propias facetas y de trascendental importancia.

El jurista Kahn no obstante no analizó el problema de la calificación de manera expresa, sí lo puso de manifiesto en el estudio que realizó sobre la existencia de tres clases de conflictos que son:

(23) Henri Bateffol - Traité Elémentaire de Droit International Privé Pág. 338.
Traducción libre del sustentante.

"a) Colisiones expresas entre leyes resultantes de la diversidad de las normas expresas de Derecho Internacional Privado de distintos países.

b) Colisiones de los conceptos ó puntos de conexión, cuando éstos diferían en su contenido, aunque las normas de conflicto los designen con palabras iguales.

c) Colisiones latentes, que surgen de la distinta naturaleza territorial de las relaciones jurídicas" (24).

Según Kahn, las normas de conflictos dependen de la naturaleza de las relaciones jurídicas a las que se apliquen, pero esta naturaleza, en cada país se moldea según su devenir histórico - cultural variado así, de los de otros países. Mas adelante este autor continúa diciendo que puede resultar con esto o bien una acumulación (Gesetzeskumulation) o una ausencia (Gesetzesuacumm) de leyes aplicables al caso concreto.

(24) Kahn Therings Forrbucher Pág. 5.

La solución es para cada juez aplicar su propio sistema de normas de conflicto, y si en este sistema no ha alguna solución viable ó expresa, se deberá entonces acudir a los conceptos del propio ordenamiento, esto es como dice este autor "propugnar por la calificación de acuerdo con la Lex Fori" (25).

- B E R T I N -

En su obra *Doctrine Des Qualifications*, se ocupó del problema de la calificación en sus estudios sobre conflictos de leyes, llegando a la conclusión, de que era imposible obtener una solución definitiva para los conflictos de leyes en el espacio, ya que se establecieron en todos los países reglas ó normas de conflictos de leyes idénticas, de todas maneras no se llegaría a una solución, ya que sería suficiente con que un país al efectuar la calificación considerase que se trataba -

(25) Miaja de la Mueda Adolfo-Derecho Internacional Privado. Pág. 250.

de una cuestión de forma del acto para que no llegare a obtener la solución adecuada al conflicto de leyes planteado.

Este autor derivó esta afirmación, de un caso resuelto por el tribunal de aplicación de Argelia, que conocía sobre un caso en el que dos ciudadanos de Malta contrajeron matrimonio, sin someterse al régimen de capitulaciones matrimoniales, estos individuos se establecieron en Argelia en donde el marido adquirió algunos bienes inmuebles. A la muerte del marido la esposa reclamó para ella los bienes; el asunto se puso a la consideración de los tribunales, y al llevarse a cabo la calificación, se encontraron dos posibilidades: la primera, se presentó un problema de tipo sucesorio, y en la segunda debería establecerse el régimen matrimonial que habían adquirido. En el primer caso se debería aplicar el Derecho Francés por ser Argelia colonia Francesa, pero si se concluye que se trata de una cuestión inherente al régimen matrimonial de bienes se aplicarían las normas que regían a la Isla de Malta.

El procedimiento para determinar la natu-

raleza de la relación de que se trata, es lo que para Bertín constituye la calificación, la cual deberá hacerse sin ninguna excepción de acuerdo con los principios de la legislación nacional o bien en concordancia con la LEX Fori.

Criticarón esta teoría sobre la calificación de Bertín, autores entre los cuales se encuentra Despagnet, sosteniendo la postura de que era imposible concebir la aplicación de una ley extranjera, de acuerdo ha los principios nacionales ya que esto significaría la deformación de la LEX Crusae.

Considero que este autor en el razonamiento planteado anteriormente es acertado, creo que una ley nacional no puede debido a que sus fuentes histórico-Políticas que a fin de cuenta propiciarón su creación, concibir a una ley extranjera que tuvo orígenes y fundamentos diferentes, no obstante que en el fondo lleguen a coincidir.

Despagnet, elaboró un estudio en el que propugna porque la calificación se haga en atención a la LEX Causae. Este autor sostiene que la calificación debe

ser hecha de acuerdo con los principios y conceptos de la legislación a que pertenece la LEX Causae, es decir - la ley extranjera debe ser aplicada tal y como lo haría el juez del Estado para el que fue dictada esa ley.

Como lo podemos apreciar en los diferentes autores que hemos venido analizando, podemos percatarnos de que ven el problema de la calificación únicamente basándose en los conflictos de leyes que se derivan de dos o más países, y acorde con el maestro Eduardo Trigueros, no es éste el único aspecto que representa - este concepto.

En el nacimiento de una ley, los legisladores no establecen únicamente reglas de solución para problemas que se presentan ante las autoridades, sino - que se tiene la necesidad de seguir un sistema completo de construcción para que, la legislación tenga en cierto aspecto uniforme y se eviten contradicciones que pueden llegar a ser extremadamente peligrosas. Por eso el legislador antes de indicarle al juez lo que en un caso dado procede hacer, señala para la identificación de cada uno de los elementos de el caso a resolver, lo que el juez - está obligado a entender por ellos.

A fin de elaborar una ley, los legisladores deben tener presente dos preceptos muy importantes; el primero definir perfectamente los términos empleados, y segundo formular la regla con esos términos y conforme al concepto que de los mismos ha impuesto a las autoridades.

A este respecto, el maestro Gaxiola señala: "Que debemos marcar dos tendencias en el estudio; la primera es: Ver la norma estáticamente, tal como es, independiente de toda operación y después ver la norma ya operando, es decir, la norma en su aspecto dinámico" (26).

Para este autor, el aspecto estático es aquel en el que la norma se nos presenta aduciendo problemas de conocimiento ó sea de interpretación, teniendo éste dos aspectos:

- a) El de construcción.
- b) El de conocimiento a la vocación de los términos utilizados.

Relativo a la construcción, existe una enorme confusión por la redacción de las normas de Derecho Internacional Privado, y en lo que respecta al conocimiento de los términos usados por la importancia que tienen los elementos de calificación en esas normas.

A fin de continuar este análisis, considero conveniente el abordar conceptos que el maestro Gaxio la nos expone en sus ideas, haciendo una clasificación de normas, y este autor las divide de la siguiente manera:

" Normas Adjetivas,
Normas Sustantivas,
Normas Calificativas "

Ahora bien, trataré de dar una explicación de estas últimas, ya que son aquellas que nos van a dar la calificación, no crean normas jurídicas, sino únicamente distinguen el derecho. Lo que para alguien es bien inmueble todo lo que se mueve, para otras personas es bien inmueble lo que se ubica dentro de un inmueble y se puede transportar; como este ejemplo, existen muchos más también muy interesantes.

En lo que respecta a la calificación y siguiendo el ejemplo anterior, para un legislador cierta cosa puede ser mueble, inmueble, semoviente etc., Aquí este legislador esta ejerciendo la facultad de calificar, ahora bien, debidamente calificada la cosa se debe admitir los resultados de la norma.

Es verdad sabida que existen leyes escritas así como leyes consuetudinarias, y esto trae aparejado que la formación misma de normas jurídicas en materia de Derecho Internacional Privado, encontremos en todos los derechos del mundo una enorme disparidad en la forma de redactar sus lineamientos legales, encontrandonos así, en presencia de normas con un contenido idéntico con una redacción absolutamente disímbola.

Las legislaciones internas de los países estan concientes, de la importancia transedental que la calificación tiene, es por esos, que las leyes se basan en conceptos que el legislador se forma de los elementos que la ley reglamenta ó prevee; la autoridad competente, a quién el legislador le señala la forma de actuar, tiene forzosamente que partir siempre de calificaciones de la ley, para que así éste pueda llevar a cabo el cumpli-

nimiento de su deber de autoridad. En caso de no actuar en este sentido, estaría faltando a su deber, pues no aplicaría la ley, ya que, si ésta existe y contiene ciertos lineamientos, es precisamente en vista del concepto que el legislador tenía en el momento de elaborar la ley, basándose en los elementos sobre los que legisló. En caso de que se cambiarán estos elementos, se estaría cambiando todo el sentido de la ley, al grado que sería distinta totalmente la idea que el legislador plasmó en un -- principio.

Para el maestro Trigueros "Calificar Jurídicamente significa poner a un hecho, a ese ser ó a esa cosa en condiciones de producir efectos de derecho, colocándolos en una categoría jurídica. La definición que la ley hace de un elemento de derecho es lo que a ese elemento anexa un efecto jurídico" (27).

Una vez analizados los conceptos de los maestros Gaxiola y Trigueros, considero que podemos resumir que las reglas de calificación, son aquellas que tomando en cuenta una situación, colocan a ésta en el -

(27) Trigueros Eduardo - Estudios de Derecho Internacional Privado. U N A M.

campo de las relaciones jurídicas, definiéndola, el legislador se basa en ella a fin de posteriormente elaborar sus leyes.

"LA REGLA DE CALIFICACION NO DEBE ALCANZAR A LOS EFECTOS DE LO DEFINIDO" (28).

Ahora bien, teniendo delineado lo que conceptuamos por reglas de calificación, veamos de qué legislación deberán tomarse en caso de conflictos de leyes, y cuáles son los efectos que la calificación genera en los conflictos de leyes.

Siguiendo con la teoría del mestro Trigueros en este aspecto, trataré de analizar lo que corresponde a las reglas de calificación que no deben proporcionar leyes.

(28) Trigueros Eduardo - Estudio de Derecho Internacional Privado. U N A M.

Como lo hemos venido visualizando es primordial el establecer una calificación antes de tratar de resolver el problema que se presenta ante una autoridad; es importante que en el momento de estar en presencia de dos o más leyes que puedan ser competentes para la resolución de un problema, poder establecer en cuál de estas debemos basarnos para calificar cierta norma.

Considero que debe aplicarse la ley competente para la resolución del problema en sí. A este respecto Frankenstein opina "La ley competente para regir una relación debe considerarse competente por la que está ligada con esa relación a causa de su naturaleza - misma" (29) en resumen debe ser esa ley, la que determine toda la relación jurídica desde su esencia hasta su comprensión, concepto etc.

(29) Frankenstein Revue de Droit International Privé.

TEORIA DE ARMINJON

Para este autor, la ley federal es la única competente para proporcionar al juez las reglas de vinculación. Basa este comentario en el siguiente punto:

"I.- El legislador al determinar la ley competente para resolver un problema, ha tomado en cuenta el concepto que se ha formado de los elementos que intervienen en él. Este concepto lo determina en las reglas de calificación, si se varía el concepto que ha servido de base al legislador, se van a aplicar en su dominio leyes que él no ha previsto que pueden aplicarse, y se llega por éste camino a un ataque a la soberanía del legislador" (30).

(30) Arminjon - *Precis de Droit Internationale Privé*.

COMENTARIOS A LA TEORIA DE ARMINJON

Una vez analizado el principio de este autor, podemos hacer notar que una legislación puede prescindir de definiciones ó conceptos, y por otros medios ordenar u orientar el lugar en donde pueden encontrarse éstas. Una ley, en éste caso nuestra legislación civil establece lo que debemos entender por semovientes, no obstante, lo que califique la ley de otro país no coincida con la nuestra. Yo creo que a aquí estamos en presencia de una demostración de la soberanía del legislador.

Arminjon habla de la incorporación de la ley extranjera, aquí, creo que no hay ataque a la soberanía, sino que ésta ha aceptado en su legislación a ciertas leyes extranjeras, dandoles a estas nuevas normas una obligatoriedad.

TESIS DE CAVAGLIERI

Este autor establece dos clases de calificaciones:

"1.- Establece la naturaleza, de la relación sólo para su vinculación.

2.- Determina la rama del derecho extranjero en que la de buscarse la definición de la relación de que se trata" (31).

COMENTARIO

El maestro Eduardo Trigueros respecto a la tesis de Cavaglieri, opina que podría darse el caso de que ante un mismo juez, en un mismo juicio, un elemen

(31) Cavaglieri Arrigio, Lezioni di diritto Internazionale Prive. Pág. 46.

to pueda ser al mismo tiempo persona, cosa ó derecho personal, lo cual comulgando con la opinión del maestro Trigueros considero inadmisibile la tesis anteriormente comentada.

Regresando nuevamente con Arminjón, este autor limita a la calificación; ésta como medio para establecer la existencia jurídica, que hace la ley en presencia de un hecho, colocandolo, en una categoría jurídica y definiendolo según la técnica del derecho, dejando así completamente separadas de las consecuencias jurídicas del hecho jurídico.

Es difícil el llegar a separar a una norma de derecho de sus consecuencias jurídicas, amén de que úne a la definición del hecho con sus consecuencias jurídicas que en la mayoría de las cosas esta separación modificaría el concepto que se tenía del hecho.

La ley señala la acción que debe tomar el Estado cuando se presentan ciertos acontecimientos, haciendo notar la necesidad en que se encuentra el legislador de definir los términos que emplea para hacer que sus normas sean entendidas, según el sentido que él -- plazmó, así como aplicadas por las autoridades competentes.

En resumen, las autoridades deben apoyarse y recurrir a las calificaciones de su ley propia, ya que éstas serán la base para fundar su deber de obrar, y la ley por consiguiente, no puede concebirse sin una calificación; Amén de encontrar siempre en sus propias normas la calificación ya sea que se plazze expresamente en la legislación o que se tome ésta de otro sistema jurídico.

El maestro Trigueros nos da una tesis general, diciendo que: "El juez para obrar necesita, en primer término, calificar los elementos del caso que se le presenta y no puede hacerlo sino atendiéndose a las reglas de calificación de su propia ley, y a las reglas de calificación que su misma ley le imponga expresamente" (32).

CALIFICACION EN LOS CONFLICTOS DE LEYES.

Para poder entender más a fondo este tema, desarrollaré primero la naturaleza y estructura de

(32) E. Trigueros - Estudios de Derecho Inter.P. Pág.216.

la regla de solución de conflictos de leyes en el espacio, señalando que dicha naturaleza y estructura será diferente, según la posición que se adopte respecto de los sistemas de solución de conflictos de leyes en el espacio.

Dentro de las tendencias doctrinales -- actuales sobre la solución de conflictos de leyes se encuentra la postura clásica, sustentada por el jurista Quintín Alfonsini, quién de acuerdo con ésta postura -- considera que la naturaleza y estructura de las normas que integran las reglas de solución de conflictos de leyes serán distintas.

Quintín Alfonsin señala que, ningún derecho nacional es adecuado para dar solución a los conflictos de leyes, es decir, para regir la relación jurídica extranacional, por lo que se hace necesario un derecho ad-hoc, o sea un derecho especialmente legislado con el fin de regir éstas relaciones. Ahora bien para este autor las normas que integran este Derecho Internacional Privado, (ó Privado Internacional como lo llama este autor), son de naturaleza material, en contraposición a las normas que integran las reglas de solución de conflictos de leyes en la postura clásica.

Respecto al jurista Adolfo Miaja de la Muela al referirse a la estructura y funcionamiento de las reglas de conflicto, nos hace ver, que después de analizar la naturaleza y funcionamiento de las normas en conflicto, se constituye "Una ordenación material y directo de las relaciones privadas con elementos extranjeros y sólo a través de las convenciones internacionales se podrán elaborar estas normas " (33).

Este autor lleva a cabo diversos análisis comparativos, llegando a determinar la naturaleza y funcionamiento de las reglas de conflicto, primero comparando con normas de derecho interno, afirmando que la - norma material de éste se compone de elementos distintos que son un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El hecho es un elemento real capaz de darse en la vida cotidiana y la consecuencia jurídica es la prohibición, el mandato ó el permiso. Y la regla de solución de conflictos, no obstante consta de elementos similares el contenido es diferente, ya que el hecho, no es un supuesto real, sino que se compone de un conjunto de conceptos jurídicos tales como el matrimonio, la tutela etc.,

y la consecuencia jurídica es la remisión a una ley material que debe ser aplicada.

TEORIA DE LA JUSTIFICACION DE LA CALIFICACION DE HENRI BATIFFOL

Este destacado jurista nos señala que la calificación se funda sobre dos razones:

I.- El problema consiste en la interpretación de una regla de conflictos de leyes.

Un juez frances debe determinar el sentido de la regla francesa sobre el conflicto de ley, sometiendo la forma del acto a la ley del lugar de su conclusión para precisar lo que ésta ley entiende por "FORMA", por ejemplo para analizar la forma ortográfica de un testamento la autoridad debe interpretar la regla del conflicto, sometiendo las sucesiones a la ley de la situación de los bienes para saber que entiende esta autoridad por sucesión. Parece poco discutible que el sen

tido de una regla francesa, no puede solicitarse sino, a una ley francesa.

"EJUS EST INTERPRETARI CUJUS EST CONDERE" (34)

La ley francesa de manera general para todo juez es la ley de su fuero, la que determinó la extensión de las categorías donde dá la calificación, - este autor nos señala que esto se plazmó en una decisión muy clara del tribunal federal Suizo el 20 de Mayo de 1936.

II.- La segunda razón tiene un carácter de contra posición de la primera. Es la noción del (vin- culo vicioso) Circle vicieux-sostendiendo que la califi- cación es necesaria. "Para determinar la ley aplicable" (35). Como la pide a una ley extranjera, ignorando si es

(34) Batiffol Henri-Trité élémentarie de Droit Interna- tional Privé. Pág. 351.

(35) Batiffol Henri-Trité élémentarie de Droit Interna- tional Privé. Pág. 351.

ésta ley aplicable o no. Ninguna ley puede ser designada para regir el fondo de un litigio, por lo tanto la ley será aquella en virtud de la cual el juez pueda decidir y será por consiguiente la ley de su fuero.

Este segundo modo de razonar es el fondo de la contraposición de la primera; en lugar de ponerse en el terreno de la calificación "Calificar es determinar el sentido de la regla de conflicto" (36). se pone en el terreno de la aplicación; "El juez no puede someterse a ninguna otra; esta conclusión de actitud resulta de la observancia de la aplicación; El hecho que la calificación es una operación, dentro de la función misma es la substancia de la regla de conflicto donde constituye una parte integrante.

Volviendo a ubicarnos en las concepciones del maestro Trigueros, este autor resuelve el fenómeno de la calificación diciendo que el derecho aplicable extraño, es el Derecho sustantivo y no el Derecho adjetivo; que aplicar el Derecho adjetivo extraño va -

(36) Batiffol Henri - *Trite élémentaire de Droit International Privé*. Pág. 351.

Traducción libre del sustentante

en contra de la soberanía, amén de que no es la voluntad del legislador la aplicación de ese derecho que -- cuando se ha concretizado la norma con todos y cada uno de sus efectos; entre ellos el de su calificación se - incorpora la norma concretizada tal cual.

Abunda este autor su teoría, diciendonos que es un proceso lógico mental el calificar primero y después encontrar la norma de Derecho aplicable.

CAPITULO IV

O R D E N P U B L I C O

CONCEPTO

Este tema, es uno de los más importantes conceptos que analizaré en el desarrollo de esta tesis, así mismo de suma importancia ó la noción de Fraude a la Ley que será el próximo capítulo en donde ahondaremos sobre el tema.

La doctrina Jurídica, no ha determinado exactamente la noción de Orden Público, no obstante han sido varios los autores y las teorías han tratado de encontrar la definición exacta de esta noción, mismo que por ser un concepto abstracto se escapan ciertos lineamientos que llegan a obstaculizar la conclusión de lo -- que es el Orden Público.

En el ámbito Internacional, el Orden Público constituye un límite o defensa como más adelante -- lo veremos; existen entre algunos autores, opiniones -- opuestas respecto a este concepto, ya que para algunos, constituye uno de los elementos mas trascendentales por su concepción internista, y los internacionalistas consi-

deran al Orden Público, como una barrera u obstaculo pa
ra algunos autores que amén de pertenecer a ésta última
corriente jurídica, no coinciden en esta noción como --
más adelante lo veremos.

Como dije anteriormente, en el ámbito --
internacional, el Orden Público va a constituir un obs-
taculo para que un Juez oponiendo esta excepción de Or-
den Público, la haga valer para así poder evitar la --
aplicación de una legislación extranjera cuando ésta re-
sultáre aplicable, en virtud de lo que disponen las re-
glas de solución a conflictos de leyes en el espacio.

Considero que para poder ahondar en el -
tema, es primordial el analizar los antecedentes del Or-
den Público.

Este concepto se empezó a manejar en el -
siglo XIX, con una increíble vaguedad e imprecisos con-
ceptos; podemos encontrar lineamientos sobre esta noción,
dentro de las llamadas Tesis Finalistas del Estado, es-
to es, planteando el problema en razón de Ser del estado
y del derecho, ambos como medios técnicos de los que se
valen las comunidades para llevar a cabo sus fines.

Las finalidades del estado son "El bien común, la coexistencia, la pasividad de la vida, así - como los hechos de la vida que forzosamente tienen que ser regulados por las Leyes, para llegar a los fines - del estado" (38), en resúmen, la definición de concepto del Orden Público que considero se acerca más a la - realidad de esta noción, es la que sustenta el Maestro Jorge Gaxiola señalando que: "El Orden Público, es el conjunto de normas que garantizan la relación de los - fines del estado, o bien, aquellas disposiciones que -- tienden a la realización del bien común" (39).

Ahora bien, dado un bosquejo general de este concepto entraré al análisis de las diferentes teorías que estudian el concepto de Orden Público.

TEORIA DE VALERY SOBRE ORDEN PUBLICO

Este autor considera al Orden Público, -

- (38) Gaxiola Jorge - Apuntes de Derecho Internacional - Privado. U N A M.
 (39) Gaxiola Jorge - Apuntes de Derecho Internacional - Privado. U N A M.

como una teoría importante y fundamental, sus conocimientos en base a estudios que realizó al respecto influenciado por obra "El Orden Público de Bustamante (La Habana Cuba 1893) y la obra de Boissaire titulada de la "Notion de Droit Internationale Privé" (Paris 1888).

Este autor nos dice que la expresión de Orden Público se ha plazmado por los internacionalistas en muchos de los artículos del Código Napoleónico y nos señala el artículo 6° de este ordenamiento que a la letra dice: "Artículo 6° no se puede derogar los pactos - o convenios de las leyes que interesen al Orden Público y las buenas costumbres" (40) también se reglamenta lo anterior en el Artículo 1133 y del citado ordenamiento Jurídico que a la letra dice: "Artículo 1133: "La causa es flicita cuando ella esta prohibida por la ley, cuando ella sea contraria a las buenas costumbres y Orden - Público" (41). Comparando los anteriores Artículos con nuestras leyes, existen grandes similitudes que más adelante me permitire comentar.

(40) Jules Valery - Droit International Prive. Pág.566 a 573.

(41) Jules Valery - Droit International Prive. Pág.566 a 573.

Continúa este autor señalándonos, que efectivamente han existido autores que han criticado -- al Orden Público en el sentido de ser muy vaga e inexacta su concepción en todo el mundo se emplea y muchas -- legislaciones la han adoptado, este autor nos dice que la noción de Orden Público se ha desprendido de la expresión "Jus Publicum" mismo que servía para designar -- precisamente las reglas en las que la voluntad de los -- particulares no podían derogarse o sea;

"JUS PUBLICUM PRIVATORUM PARTIS MUTARI NON POTEST"

Para este autor las palabras "Leyes de Orden Público" la diferencia de la idea o concepto de las "Leyes de Orden Privado", estas últimas son de interés únicamente para los particulares, y las primeras las concibe en donde el fin, es el mantener dentro del Estado la organización que se considera como necesaria, para salvaguardar su integridad o por proteger los intereses generales de los ciudadanos.

Continuando con el estudio de su obra, este autor cita a Aguesseau en su obra "ESSAI D'UNE INSTITUTION DE DROIT PUBLIC", en el que señalaba que dentro de las grandes sociedades que forman un Estado, en una nación hay siempre dos generos de interés a distinguir, el primero el interés de cada ciudadano visto separadamente, y el otro los intereses de todos lo ciudadanos considerados en común ó de el Estado entero.

TEORIA DE PILLET SOBRE EL ORDEN PUBLICO

Este autor hace una clasificación enumerativa y limitativa de las leyes que considera de Orden Público y es la siguiente:

- 1) Leyes de Orden Público
- 2) Leyes referentes a la seguridad de las personas.
- 3) Leyes acerca de la Propiedad
- 4) Leyes de Crédito Público

- 5) Leyes procesales de ineludible cumplimiento
- 6) Leyes Fiscales
- 7) Leyes Morales
- 8) Leyes referentes al Orden

Para este autor las leyes de Orden Público, son aquellas leyes que deben ser generales, para que no dejen de cumplir su objeto social. Continúa diciendo que la ley de Orden Público, no es solamente la ley competente, sino la "Unica ley competente" (42).

Dentro de las leyes de Orden Público -- (primera clasificación), este autor incluye a la constitución, leyes Administrativas, leyes sobre nacionalidad y otras similares.

En lo que respecta a las leyes referentes a la seguridad de las personas (segunda clasificación) incluye leyes sobre responsabilidad civil y leyes penales.

(42) Pillet - Principes de Droit Internationale Privé. Pág. 214.

En resúmen para Pillet la "Ley local es una Ley de competencia normal" (43).

TEORIA DE JEAN PAULIN NIBOYET SOBRE EL ORDEN PUBLICO

Este autor empieza señalandonos, que no obstante algunos Estado no se presentáre problema alguno en cuanto a la ley aplicable, ni en cuanto a la calificación, a pesar de esa uniformidad si se presentaría el Orden Público como obstaculo para la solución de conflictos internacionales.

Considera este autor al Orden Público, - como "Un medio para no aplicar una ley extranjera" (44) cuando esta aplicación perjudica al país donde se propone aplicarla.

(43) Niboyet - Derecho Internacional Privado. Pág. 385.

(44) Niboyet - Derecho Internacional Privado. Pág. 385.

Niboyet dice que es imprecisa la noción que el Derecho Internacional Privado tiene sobre el concepto de Orden Público debido que no existe unanimidad en la apreciación de sus elementos.

A este respecto, considero que Niboyet - toma al Orden Público, no como una excepción que la ley nacional tiene para protección de sus intereses, sino - concretiza las instituciones jurídicas, siendo éstas de naturaleza abstracta como más adelante lo analizaré estudiando a otros autores con quienes estoy en concordancia.

En resumen, este autor considera que la ley extranjera, debe estar en ocasiones sobre el Orden Público, en lo cuál ya discrepo completamente, ya que - considero al Orden Público como el elemento principal - que permite al Estado llevar a cabo sus fines primordiales, y como anteriormente dijo Pillet para cumplir con su objeto social.

Continua Niboyet sustentando que debería aplicarse la ley extranjera por ser la competente, y que al momento de aplicar la excepción de Orden Público, és-

ta última advierte que puede perjudicar a la colectividad.

Considera este autor que el Orden Público no es más que una medida que llama "De Legítima Defensa" (45) y esto ocasionaría un obstáculo para la ley extranjera y por consiguiente la no solución al conflicto de leyes que se presentará.

Concluye este autor adoptando el punto - de vista opuesto al de Pillet, indicando que es la ley extranjera, la que es aplicable; pero se "Neutraliza" - su acción es la medida necesaria para impedir el mal -- social.

Para fundamentar su teoría, se basa en - concepciones de Savigny, que parte de la idea de la comunidad jurídica entre los Estados, consideran ambos autores, lamentable ó exorbitante esta excepción de Orden Público, sosteniendo que debería limitarse lo más posible, de acuerdo con la finalidad que se pretenda conseguir.

(45) Niboyet J.P. - Derecho Internacional Privado. Pág. 386.

Creo que en este último razonamiento, estos autores no toman en cuenta que para salvaguardar el interés de la comunidad de un Estado, éste opone la excepción de Orden Público para el bien de todo el sistema, y no resolución para de un conflicto particular.

TEORIA DE BATIFFOL SOBRE EL ORDEN PUBLICO

Este autor en sus nociones generales, señala que cuando una ley extranjera contiene disposiciones, que contrarían a las concepciones jurídico - sociales de un Estado, el juez en base al Orden Público puede reusarse a aplicarla. Se dice, que se debe alejar a la ley extranjera, si se contrapone a los intereses - de un Estado.

Este autor en su ensayo "Interference -- de la Loi Francaise", nos dá un ejemplo con relación al Orden Público, diciendo que un extranjero no será admitido a contraer matrimonio poligamico en Francia, no obstante que su ley se lo permita. A esto nos referimos pos

teriormente en la tesis que sustenta el maestro Eduardo Trigueros en su Noción al Orden Público.

Este autor nos hace ver claramente con el ejemplo anterior, la importancia que tiene para el Derecho Internacional Privado, el concepto de Orden Público, éste visto desde el punto de que sería contrario a los fines que el Estado tiene.

Las codificaciones modernas para este autor han roto la unidad jurídica del mundo occidental. la jurisprudencia francesa del siglo XIX, no ha dudado en utilizar la Noción de Orden Público, para negar a -- los extranjeros el derecho de divorciarse ó la legitimación paternal, no obstante sus leyes nacionales de Hecho y Derecho acepten ó admitan esas acciones.

Se ve también que aquí se introduce un elemento "Particular" en las soluciones de conflictos de leyes.

Este autor llega a la conclusión, de que "por encima de la ley extranjera, el juez tiene un sentimiento jurídico, en el que para bien de su Estado, --

tiene la facultad de rechazar la aplicación de la ley, cuando visualice que ésta afecta al Orden Público" (46).

Posteriormente este autor situa al Orden Público en razón a los derechos naturales, considero - que aquí este autor está equivocado, ya que como lo analizaremos más adelante, no se ha podido precisar que - éste derecho sea justo para todos los Estados.

Cada Estado por su acervo cultural, así como por sus antecedentes históricos Políticos, no pueden regirse igualmente por lineamientos como pueden ser los del Derecho Canónico, la declaración de los derechos humanos de las Naciones Unidas, las de la Organización de Estados Americanos etc., y esto resulta injusto para otros Estados; esto en razón de que, no todos los derechos humanos coinciden con los fines del Estado, y en ocasiones hay que sacrificarlos por el bien de sus ciudadanos y para salvaguardar sus propios intereses.

Volviendo a la tesis de Batiffol, este au

(46) Batiffol Henry-Traité élémentaire de Droit Inter. Prive. Pág. 411.
Traducción libre del sustentante.

tor a querido experimentar la diferencia entre el Orden Público en sentido del Derecho Civil Interno, y del -- Derecho Internacional Privado. Por la expresión de Orden Público Internacional, que se opone al Orden Público Interno. La expresión es poco afortunada ya que, éste Orden Público es esencialmente nacional, y se opone por consiguiente al Orden Internacional que es la aplicación de leyes competentes. En tésis es sin embargo - bastante extensa y poco admitida.

Este autor habla del "Orden Público Absoluto" (47) sin gran éxito, la terminología más segura, es aquella cuando la especificación parece útil, y consiste en ver al Orden Público "En el sentido del Derecho Internacional Privado ó al Orden Público en sentido del Derecho Civil Interno" (48).

(47) Batiffol - Traité Elementaire de Droit International Privé. Pág. 421.

(48) Batiffol - Traité Elementaire de Droit International Privé. Pág. 421.
Traducción Libre del Sustentante.

TEORIA DE TRIGUEROS

Este tema, siguiendo la temática ideológica de los maestros Eduardo Trigueros y Jorge Gaxiola es de trascendental importancia, toda vez, que la excepción de Orden Público no se emplea con la frecuencia -- e importancia que se le debería dar.

Para entender mejor el concepto de Orden Público los anteriormente citados autores coinciden al Orden Público como un conjunto de instituciones jurídicas, políticas, morales y económicas que coadyuvan a -- las realizaciones presentes de los fines del Estado, -- aquí vemos que, éste Orden Público es cambiante dependiendo del territorio en que se encuentre, y el momento mismo en que se presente un hecho al que se pueda aplicar esta excepción de Orden Público es decir, que lo -- que pueda llegar a ser Orden Público en algún territorio, no lo es para otro, no obstante éstos dos se encuentran dentro de un mismo estado.

Como podremos claramente visualizar con el analisis anterior, se deduce que no todas las leyes son de Orden Público, sino únicamente aquellas que ayudan al Estado a conseguir sus fines.

En México a mi manera de ver, nos encontramos con una cierta protección que el legislador le dá a las leyes, al señalar que "Todas las normas de ley son de interés general y de Orden Público", a este respecto en páginas anteriores, analicé la tesis de Jules Valery, en donde se mencionaron los artículos 6° y 1133° del Code Napoleón, podemos apreciar la enorme similitud que al respecto existen entre este ordenamiento y nuestras legislaciones vigentes.

Para el maestro Gaxiola el Orden Público es abstracto, e imposible de concretizar, ya que los conceptos de las cuales podríamos derivar al Orden Público, son la educación, el trabajo etc., términos abstractos. Comulgo con las ideas de este autor del respeto, debido a que recordando y comparando en la historia a los múltiples intentos de codificación, que se ha pretendido hacer a las leyes materia administrativa, podemos ver que por lo mismo ha sido imposible, ya que como el Or-

den Público, se manejan términos abstractos.

Considero que es éste concepto de los -- más importantes, ya que como lo hemos analizado no afecta a los particulares directamente, sino la realización de los fines del Estado que atañe indirectamente a los éstos.

"Cuando se presenta un Orden Público -- total, hay la excusa total de la Ley" (49) así lo podemos apreciar claramente en nuestra Ley de Amparo, a contrario sensu en su artículo 124 fracción II que a la -- letra dice: "Artículo 124.-Fuera de los casos a las que se refiere el artículo anterior, la suspensión se decretará cuando concurren los requisitos siguientes: II. "Que no se siga perjuicio al interés social, ni contravengan disposiciones de Orden Público" (50).

Aquí vemos que el legislador excusa la aplicación de la ley cuando se afecta el Orden Público.

(49) Gaxiola Jorge - Apuntes de Derecho Internacional Privado. U N A M.

(50) Ley de Amparo -

Jurisprudencia de la Suprema Corte de
Justicia de la Nación.

"ORDEN PUBLICO.- Si bien es cierto que - la estimación del Orden Público en principio corresponde al legislador al dictar una ley, no es ajeno a la -- función de los juzgadores apreciar su existencia en los casos concretos que se les sometan para su resolución. Resulta pues indudable que los jueces, en casos determinados, pueden calificar y estimar la existencia del Orden Público con relación a una ley, y no podrían declarar éstos, que no siendo ya aplicable una ley en -- los conceptos que la informaron por cuestión de Orden - Público, conserva aún ese carácter y que subsisten sus finalidades" (51).

La solución que dá el maestro Trigueros respecto a la noción de Orden Público, es que la institución ó norma a incorporar o sea la que viene de fuera, debe de tomarse "hasta que no afecte nuestro Orden Públi co y modificar la institución o la ley hasta ese grado; ya que el modificarla no afecta el Orden Jurídico de su procedencia" (52).

(51) Jurisprudencia: Apéndice 1975, 8ª Parte, Pleno y Salas, tesis 130. Pág. 222.

(52) Gaxiola Jorge - Apuntes de Derecho Internacional - Privado. U N A M.

CAPITULO V

FRAUDE A LA LEY

CONCEPTO

Entremos ahora al estudio de uno de los conceptos más complejos que tiene el Derecho Internacional Privado, el Fraude a la Ley, esta noción en nuestra materia, es de las mas relevantes, y ahondando en la -- problemática jurídica relativa a conflictos de leyes -- en el espacio nos encontramos con que es una de las nociones mas difíciles de manejar.

A fin de entender la noción de Fraude a la Ley, estimo conveniente el que nos remontemos a la -- época clásica del Derecho Romano, en la que, la ley era en un principio considerada como una gran limitación a -- la libertad del ser humano, y esto traía como lógica consecuencia una lucha por la libertad; en esta época los -- actos "CONTRA LEGEM" se consideraban nulos; Posteriormente se presenta un acto nuevo el que se conocio como acto "IN FRAUDEM LEGIS" al que también se le consideró nulo; Este acto no violaba la letra de la LEX, sino que contra-

riaba su espíritu, y no quedaba comprendido dentro de las prohibiciones expresas por la ley.

En la incansable lucha por la libertad, el legislador se fué concediendo paulatinamente validez, ya que no se violaban actos, ni caía en el ilícito. El acto "IN FRAUDEM LEGIS" en la época clásica éra válido a pesar de ir en contra de la LEX.

Se presenta en la época post-clásica -- una reacción en la que la lucha por la libertad, cambia ahora por la de la legalidad, y ésto trae como consecuencia que sancione de nulidad absoluta a los actos "IN FRAUDEM LEGIS"

Posteriormente en el derecho medieval -- el acto "IN FRAUDEM LEGIS", da un nuevo y trascendental giro, ya que como señala el Jurista Ricardo Ihiering, -- "El hombre encontraría siempre la manera de eludir el derecho y en esta lucha por eludirlo se encuentra la -- manera de pasar sobre la ley".

Una vez que hemos entendido el mensaje -- de este autor, será más clara la comprensión de esta no-

ción, ya que como analizaremos más adelante, el Fraude a la Ley se produce cuando se excusa la aplicación de la norma territorial y se aplica la norma de internacional privado para llegar al resultado prohibitivo -- de la norma.

Siguiendo las ideas de Ricardo Ihering, el Fraude a la Ley no es otra cosa que "Eludir el derecho, y con acciones permitidas pasar, por encima de la ley prohibitiva" (53).

Para llegar al fondo del estudio de esta noción de Fraude a la Ley, considero conveniente analizar las principales teorías que sustentan algunos autores.

(53) Escriche Joaquin - Legislación y Jurisprudencia.
Pág. 1026.

TEORIA DE GOLDSCHMIDT

Este autor, concibe la noción de Fraude a la Ley en cuanto a "Las partes convierten las características positivas del tipo legal, concebidas por el autor de la norma, como acontecimientos o actos jurídicos, en negocios jurídicos, haciendo así aplicable un derecho civil que difiere del derecho civil coactivo - aplicable con anterioridad a la descrita conversión" (54).

Considero que para este autor, las características de tipo legal, pueden ser acontecimientos no relacionados con la voluntad del hombre, como son el transcurso del tiempo, o bien, pueden ser acontecimientos producidos por el hombre, con la intención diversa de desencadenar una consecuencia jurídica de la norma de cuyo tipo legal se trate, es decir de los actos jurídicos, y pueden ser negocios jurídicos, como los denomina este au-

(54) Goldschmidt - Derecho-Internacional Privado.
Pág. 438-441.

tor ó actos realizados con la intención de que se produzcan determinadas consecuencias jurídicas, cuya realización es decretada por el legislador en atención a la voluntad.

Este autor señala como requisitos del Fraude a la Ley.

1) En sentido objetivo:

a) Una característica positiva del tipo legal, no concebida por el autor de la norma idirecta -- como negocio jurídico.

b) Actos exteriores (maniobras) de las partes en su intención lograda de convertirla en tal.

c) Diferencia entre el Derecho Civil -- aplicable después en las maniobras y el Derecho Coactivo aplicable con anterioridad a las mismas.

2) En sentido subjetivo:

La intención de hacer deliberadamente -- aplicable mediante maniobras apropiadas un Derecho Civil favorable que sin las mismas no lo habría sido.

HENRI BATIFFOL

Este autor considera que las reglas de conflictos, no deben ser utilizadas por los particulares para escapar o huir de las disposiciones legales -- de fondo. Así la jurisprudencia de 1884 declaró sin valor en Francia los actos del Fraude a la Ley.

Este autor nos señala que la intervención de esta noción implica:

"1) La utilización voluntaria de Reglas de conflicto.

2) La intención de girar la ley. Este elemento intencional es el nudo del sistema, explicado las contestaciones que el mismo ha levantado.

3) Dentro del estado actual, en la jurisprudencia Francesa, el Fraude a la Ley es solamente moderna, es porque el sistema se presenta como una ma-

nifestación de reglas propias de la misma ley" (55).

Batiffol señala que la utilización voluntaria de reglas de conflictos relativos al Fraude a la Ley, puede presentarse todas las veces que un elemento de sujetamiento dependa de la voluntad de las partes.

Continúa este autor diciendo que en fondo, es más fácil someter un contrato a una ley extranjera para escapar de las restricciones ó prohibiciones de su ley nacional, pero la intención de Fraude a la Ley, será también más raro el quitar porque el espíritu del derecho positivo, es el dejar a las partes una gran libertad en la localización de sus operaciones.

El elemento característico del Fraude a la Ley, es la intención de eludir la ley o de ganar la misma, es el interés a utilizar las reglas de conflictos "Dentro de su fin de escapar a las prohibiciones de Ley Francesa" (56).

(55) Henry Batiffol - Droit International Privé. Pág.407
Traducción Libre del Sustentante.

(56) Henry Batiffol - Droit International Privé. Pág.412
Traducción Libre del Sustentante.

Esta característica internacional explica las objeciones que mueven a esta noción a sus dificultades de -- aplicación.

TEORIA DE DUNKER

Federico Dunker Biggs, jurista chileno autor de la obra "Derecho Internacional Privado" (57) - al referirse al concepto de Fraude a la Ley señala como requisitos para su realización los siguientes:

- 1) La intención de eludir o burlar las disposiciones imperativas o prohibitivas de una legislación determinada.
- 2) El ánimo de sustituir dichas disposiciones por las de otra ley.
- 3) El cambio, realizado deliberadamente con los fines indicados, de alguna de las circunstancias

(57) Dunker Biggs Federico - Derecho Internacional Privado. Pág. 425. Traducción - Libre del Sustentante.

de conexión.

4) Dicho cambio debe ser real y efectivo.

5) La ley evalida debe ser la ley territorial.

Dentro de los requisitos que este autor señala se vé claramente la intención dolosa de sustraer se a la aplicación de una ley determinada, y trae como consecuencia de ello, la obtención de la aplicación de otra legislación.

Para el maestro Gaxiola, el Fraude a la Ley es "La comisión de actos permitidos con la intención de llegar al resultado prohibitivo de una norma" (58).

Considera este autor, que sí se produce el Fraude a la Ley, ya que se excusa la aplicación del Derecho Nacional, y se aplica el Derecho Internacional

(58) Gaxiola Jorge - Apuntes de Derecho Internacional Privado. U N A M. 1982.

Privado, esto para llegar al resultado prohibitivo de la norma.

Más adelante continúa este autor señalando, la facilidad de confundir el Fraude de la Ley con la simulación, la ilicitud y la nulidad.

Considero que el acto que implica la --noción del Fraude a la Ley, es aquella realización de actos permitidos por la ley a fin de llegar al resultado prohibitivo de la norma "A leyes defraudadas reglamentos y leyes mas severas". Esto provoca una reacción en cadena, como ejemplo los Códigos Fiscales, quién genera la evasión hace que el legislador dicte leyes más severas.

Sentencias de Paulo "Fraude a la Ley es aquel acto ó conjunto de actos licitos que llevan a la realización de un fin licito, es decir, esta noción implica la realización de actos permitidos por la ley, - para lograr un fin que la misma prohíbe" (59).

El Fraude a la Ley, está constituido por cinco elementos:

- 1) Comisión de actos permitidos.
- 2) Intención dolosa.
- 3) Llegar al resultado prohibitivo de la norma.
- 4) Evasión de la Ley Nacional.
- 5) La aplicación de la norma de Derecho Internacional Privado que provoca el resultado prohibitivo de la norma.

En resumen estamos en presencia de Fraude a la Ley, cuando se nos presente en la hipótesis la intención dolosa de las partes de violar la ley, llevando a cabo actos lícitos y permitidos, a fin de llegar a la obtención del resultado prohibido por la ley.

Al respecto podemos dar un ejemplo para la comprensión de este concepto. "Unos conyuges Italianos, que para poderse divorciar adquieren la nacionalidad Hungara, ya que en el país del cual son originarios no se contempla ó aún más prohíbe el divorcio; Una vez que adquieren la nacionalidad hungara, se divorcian, -

registrando este acto bajo todas las formalidades, posteriormente invocan en su país de origen, los derechos y beneficios que se derivan de esa situación" (60).

En este caso, se debe aplicar el Fraude a la Ley, y aplicar la Ley Nacional ya que evidentemente se trata de una norma de Orden Público que no debe dejar aplicarse por ser opuesta al interés social.

En México desgraciadamente se dan los divorcios muy frecuentemente, y esto considero ha dado a nuestro país una nota de mala reputación en cuanto a la observancia de nuestras leyes, ya que muchos individuos sometiendo a nuestras legislaciones han adquirido una nueva situación jurídica, sustrayéndose a la -- aplicación de sus propias legislaciones internas, obteniendo logros que no se identifican con los valores jurídicos protegidos por nuestras leyes.

Este problema de los divorcios desde el punto de vista jurisdiccional, tuvo gran importancia --

(60) Trigueros Eduardo - Estudios de Derecho Internacional Privado. U N A M.

en México, así como en otras partes del mundo. Para poder entender esta problemática, es necesario que partamos de la ciencia política, ya que una de las manifestaciones más importantes del estado, es el declarar la competencia de sus jueces.

No obstante no sea uno de los temas -- principales de esta tesis, siento que es necesario hacer ciertos comentarios al respecto.

Si el estado está facultado para dictar la competencia y jurisdicción de sus jueces, estos últimos están en facultad de poder dictar sentencia, con fundamento en su propia ley, que será aquella que el -- legislador le ordenó, no obstante se extralimite de la territorialidad.

Actualmente el Código Civil Frances y el Código de Procedimientos Civiles Franceses señalan que todo juez frances, puede oír de un juicio, donde inter venga un frances, y donde éste se llegare a encontrar; En lo que respecta a la capacidad, el Código Civil Frances, prevee esta situación señalando que se aplicará la Ley Francesa a todo frances donde quiera que se encuentre.

Ahora bien, volviendo a los llamados -- "Divorcios al Vapor" muchos se dieron en Tijuana, El Paso, etc. en el que se apreciaban caravanas completas de norteamericanos que venían a nuestro país a divorciarse, a este respecto la Suprema Corte de los Estados Unidos de Norteamérica, tuvo que tomar razón, declarando que las sentencias de divorcios dictadas en México, para que tuvieran valor en su territorio debería ser -- presentadas y reconsideradas por la Suprema Corte Norteamericana.

Con este último ejemplo doy por finalizada esta tesis.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

Una vez realizada la investigación bibliográfica, y ahondando en el conocimiento de los diferentes conceptos analizados en el cuerpo de esta tesis, llego a las siguientes conclusiones:

- En virtud de que la función del Derecho Internacional Privado, es declarar el derecho extraño aplicable cuando surta el fenómeno del elemento extraño, me considero internista, ya que es una norma interna, la cúspide de derecho que nos manda aplicar la norma.
- Aplico una norma de Derecho Internacional Privado, cuando así me lo ordene el Legislador.
- La Remisión, es la doble aplicación de la norma de Derecho Internacional Privado, el legislador cuando nos ordena en la norma de Internacional Privado aplicar otro derecho, nos remite al derecho sustantivo, y la norma de Internacional Privado no es sustantiva, por lo tanto no existe el reenvío más que cuando expresamente lo ordena el legislador.

- En lo que respecta a la calificación desde el punto de vista eminentemente jurídico, es el determinar la naturaleza jurídica de las cosas, de la relación jurídica, ahora bien en Derecho Internacional Privado, se resuelve sobre que ley voy a calificar, si la propia, los principios generales de Derecho o la norma aplicable.

- Cuando una norma se concretiza y surte sus efectos, se incorpora completa ya debidamente calificada, y con sus efectos porque se está incorporando la concretización de la norma.

- La institución o norma a incorporar, o sea la que viene de fuera, debe de tomarse hasta que no afecte nuestro Orden Público, y modificar la institución o la ley hasta ese grado.

- El Fraude a la Ley en derecho Interno, requiere de tres elementos:
 - a) La comisión de actos permitidos
 - b) la intención dolosa
 - c) Llegar al resultado prohibitivo de la normaAhora bien, en Derecho Internacional Privado se requiere de dos elementos más de los tres anteriormente expues-

tos, y son los siguientes:

- d) La evasión a la ley, acción perfectamente permitida
- e) La aplicación de una norma de Derecho Internacional Privado, para regresar mediante ésta, al resultado prohibitivo del orden jurídico que nos es hostil.

GAXIOLA RAMOS JORGE F.

Apúntes de Cátedra de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional Autónoma de México 1981

WERNER GOLDSCHMIDT

Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado
Ediciones Jurídicas Europa-américa
Buenos Aires, Argentina 1952

JULES VALERY

Droit International Privé
Fontemoing et cie. editeurs
Paris Francia 1929

HENRI BATIFFOL

Traité Élémentaire de Droit International Privé
Librairie générale de Droit et de Jurisprudence
Paris Francia 1959

TRIGUEROS SARAIVA EDUARDO

Estudios de Derecho Internacional Privado
Universidad Nacional Autónoma de México 1980

DE PINA RAFAEL

Diccionario de Derecho
Editorial Porrúa 1978

ESCRICHE JOAQUIN

Legislación y Jurisprudencia
Paris Francia

NIBOYET JEAN PAULIN

Principios de Derecho Internacional Privado

Editora Nacional

México 1960

IGNACIO CASSO Y ROMERO - FRANCISCO CERVERA Y JIMENEZ ALFARO

Diccionario de Derecho Privado

Editorial Labor

Barcelona - Madrid España 1950