

6. Sistema conflictual tradicional (tendencias)

Al concluir el estudio de este capítulo, el alumno deberá ser capaz de:

- Analizar el método conocido como sistema conflictual tradicional, así como las doctrinas (tendencias) que se han expuesto al respecto.

6.1. Tendencias. Planteamiento general

Conforme a los autores citados en el capítulo anterior en relación con el método que hemos denominado *sistema conflictual tradicional*, éste consiste en un procedimiento mediante el cual, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico internacional, con la aplicación del derecho extranjero, que dará la respuesta directa. Iniciaremos nuestra exposición con este método, ya que ha sido históricamente más utilizado y al que se han referido el más amplio número de autores. A fin de lograr una exposición sistemática, y lo más didáctica posible, hemos adoptado formalmente el esquema planteado por el profesor español José de Yanguas Messía.¹

6.2. Diferentes tendencias

El esquema formal adoptado para la exposición de las diversas tendencias doctrinales ofrece fundamentalmente ventajas de índole didáctica, en la medida que posibilita una visión panorámica de las diversas doctrinas expuestas. Cabe señalar que una clasificación con estas características es arbitraria, pues no considera, en muchos casos, diferencias que nos harían ubicar a dichas doctrinas de

¹ *Derecho internacional privado*, Reus, Barcelona, 1971, pp. 10 y siguientes.

manera distinta. Con estas salvedades, podemos decir que el método conflictual tradicional en la doctrina moderna se divide en tres grandes tendencias:

1. La *supranacionalista*, que considera al DIPr, y específicamente a las reglas de los conflictos de leyes, como parte de un orden jurídico superior al de los Estados individualmente considerados, es decir, que este método debe tener una naturaleza internacional a través de tratados celebrados entre los Estados, con un carácter supranacional que permita que las reglas de conflicto en los tratados internacionales sean consultadas por los jueces nacionales y lograr así soluciones homogéneas.
2. La *internista o territorialista*, que considera que la disciplina debe ser estudiada únicamente a partir del derecho interno de los Estados, es decir, que las reglas de conflicto deben ser procedimientos de carácter interno o territorial y por excepción permitir la aplicación de la ley extranjera, al restringir la competencia de las leyes internas.
3. La *autónoma*, que considera que a la disciplina se le debe atribuir una posición autónoma dentro del marco general del derecho, debido a que su método de trabajo tiene características que le son propias como el servirse de manera significativa del método del Derecho comparado para que el juez pueda aplicar convenientemente su regla de conflicto —procedimiento definitorio de la materia— y, específicamente, para que pueda interpretar las categorías y las instituciones jurídicas de otros sistemas jurídicos a fin de que los resultados que obtenga sean favorables a la continuidad de la vida internacional.

Esta tendencia, que se inició a finales de la primera mitad del siglo XIX, sentó las bases para el desarrollo de gran parte de la doctrina contemporánea. De hecho, los internacionalistas dedicados al conocimiento de las relaciones privadas o "iusprivatistas" hoy en día deben contar con una base sólida de Derecho comparado.

Las dos primeras tendencias (la supranacionalista y la territorialista) tienen génesis diversas que, en su planteamiento moderno, se remontan al siglo XIX. En el caso de la primera tendencia, generalmente se considera que su iniciador es el gran romanista alemán Federico Carlos de Savigny. Respecto de la segunda, se ha estimado que se inicia en la escuela angloamericana, en el siglo XIX.

En adelante examinaremos estas dos tendencias y veremos algunos aspectos de su gestación, para referir en seguida sus aspectos más relevantes.

Origen de las tendencias modernas

En la doctrina que empleó el método conflictual tradicional durante el siglo XIX, pueden distinguirse de manera general dos planteamientos:

- a) el que a partir de situaciones concretas pretende derivar o deriva de éstas ciertas características particulares, a fin de determinar las normas jurídicas que le son aplicables, y

- b) el que tiene por objetivo determinar el ámbito de aplicación de las normas jurídicas.

El primero de esos planteamientos, como hemos señalado, tiene un punto de partida definido en las ideas de Federico Carlos de Savigny y se encuentra expuesto en el volumen octavo de la versión original alemana y en el volumen sexto de la traducción española de su obra *Sistema del derecho romano actual* (1849),² específicamente en el libro III, titulado "Imperio de las reglas de derechos sobre las relaciones jurídicas". La noción básica de la doctrina de Savigny puede resumirse de la manera siguiente: La persona es el centro de toda relación jurídica y en la medida que celebra actos jurídicos conforme a derechos distintos ese centro de relación tiende a ampliarse. De esta suerte, la persona entra en contacto con diversos sistemas jurídicos y, por tanto, habrá necesidad de conectar, de vincular a la persona y cada relación con un sistema jurídico determinado. La vinculación resultará diferente: a las personas se les conectará con su domicilio (que es el centro por excelencia de la relación jurídica de las personas) y a las relaciones en sí mismas, con su asiento o sede, que habrá de determinarse en cada caso concreto. La vinculación no ofrece gran problema por lo que se refiere a las personas, pero en ciertos casos, como el de las obligaciones convencionales, tendremos que aludir a la voluntad de las partes y en ausencia de ésta al lugar de la celebración o de ejecución de aquéllas. Savigny se inclina por esta última solución; es decir, lugar de celebración o de ejecución resultarán las sedes o asientos de esas relaciones jurídicas. Por ejemplo, para encontrar la sede o asiento de los derechos reales recurriremos al principio *lex rei sitae*, que nos indica que la sede se encuentra en el lugar donde están ubicados los bienes, y será ese lugar de ubicación el que nos indique la ley aplicable para regular esos derechos, la celebración de los actos al lugar de su conclusión y a las obligaciones al lugar de su ejecución.

Por otro lado, tal vinculación se facilitará en la medida en que los sistemas jurídicos pertenezcan o no a una comunidad de derecho que el autor refiere al derecho romano. En los casos en que se pretenda la aplicación de normas jurídicas ajenas a esa comunidad de derecho, su aplicación puede rechazarse conforme al concepto que el autor denomina el *límite del orden público internacional*. La razón es la siguiente: el juez aplicará aquellas leyes extranjeras que sean compatibles con los principios en que se funda su sistema jurídico. Veamos un ejemplo: En Occidente tenemos la influencia de principios judeo-cristianos que establecen el principio monogámico del matrimonio. Mal haría el juez en darle efectos jurídicos a un matrimonio poligámico, ajeno a nuestros principios, de ahí que éste deberá oponer a la ley poligámica (una ley árabe, por ejemplo) "los límites del orden público internacional" y, por tanto, desechar su aplicación. Se interrumpirá el tráfico jurídico internacional, pero será una situación necesaria y, en buena medida, extraordinaria.

² Traducción de Jacinto Mesía y Manuel Poday, 2ª ed., Centro Educativo Góngora, 6 vols., Biblioteca Universal, Sección Jurídica, Madrid, 1938, pp. 65 y siguientes.

La conexión o vinculación propuesta por Savigny atiende principalmente a ciertas manifestaciones materiales de las relaciones que consisten en los llamados *puntos de contacto* o *conexión*, como: el domicilio para personas, a fin de determinar el alcance legal de su personalidad; la voluntad de las partes en el contrato o el lugar de ejecución para las obligaciones convencionales. Conforme al criterio del domicilio podremos determinar cuáles son las normas aplicables al estado civil y la capacidad de las personas, y con base en el de la voluntad de las partes o el lugar de ejecución sabremos qué normas jurídicas se deben aplicar a las obligaciones convencionales cuando las personas u obligaciones se encuentren conectadas o vinculadas con más de un sistema jurídico. De esta manera, habremos de determinar, según la terminología de Savigny, *el asiento* o *sede* de las personas o de las obligaciones y, en consecuencia, saber qué leyes le son aplicables.

La concepción de Savigny acerca del domicilio como "punto de contacto" o "conexión" para determinar las normas jurídicas aplicables al estado civil y capacidad de las personas, merece algunos comentarios. El primero es de índole histórica: conforme a la concepción romana del *origo*, ésta significaba, a la vez, el lugar (el hogar) donde la familia y la persona se encontraban establecidas, por ejemplo, en donde la persona había nacido. Como veremos más adelante, otros autores como Mancini señalan, para las personas, la nacionalidad (en vez del domicilio) como punto de contacto. El segundo comentario se refiere a una cuestión que debe quedar definida para fundamentar nuestra exposición subsecuente: hay dos sistemas para determinar el estado civil y la capacidad de las personas: el de ley de domicilio y el de ley nacional. De acuerdo con el primero, como señala Savigny, independientemente de la nacionalidad de la persona, su domicilio será el que cuente para los efectos de conocer su capacidad y estado civil, ya que es ahí donde se supone que ha pasado su vida o parte de ella y se ha regido de acuerdo con esa ley, ya que conforme a ella adquirió su mayoría de edad, contrajo matrimonio, adoptó a sus hijos y realiza sus negocios.

El sistema del domicilio es seguido por Inglaterra, Estados Unidos de América y la mayoría de los países latinoamericanos; en cambio, el de ley nacional, que tiene en cuenta sólo la nacionalidad de la persona, al margen del domicilio en el que se encuentre, sigue en los países de Europa continental. Veamos dos ejemplos: El art. 13, fracc. II del CCF establece: "El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio". En cambio, el *Código Civil* francés establece en su art. 3o., párrafo tercero: "Las leyes relativas al estado y capacidad de las personas rige a los franceses, incluso cuando residan en país extranjero". Como se advierte, en el primer caso el énfasis recae en el domicilio y en el segundo, en la nacionalidad.

Más adelante veremos cómo solucionar problemas de colisión de normas de conflicto, cuando son distintas las hipótesis respecto a la ley que se le debe aplicar a la persona.

Por otro lado, la idea de Savigny acerca de la vinculación o conexión de las obligaciones convencionales por su lugar de ejecución, que atiende al principio estatutario de la *lex loci executionis*, es una regla importante porque se refiere al

lugar en donde se va a entregar la mercadería, en donde se va a hacer el pago, el lugar idóneo en caso de hacer una reclamación de la mercancía: ahí los peritos pueden determinar si cumple con las especificaciones y la calidad requerida. Este principio se encuentra consagrado en la actualidad en una serie de ordenamientos jurídicos. Entre otros, podemos señalar los códigos civiles griego (art. 3o., fracc. IV), los códigos Federal y del Distrito Federal y Civil Federal, y tratados como el de Montevideo de 1889 (art. 32).

Por ejemplo, el art. 13, fracc. IV, del CCF establece en una de sus partes que: "los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse..." Sin embargo, la propuesta de Savigny, hecha en el siglo XIX, fue referida al cumplimiento de obligaciones contractuales cuando los contratos tenían un lugar de cumplimiento. Ahora bien, si se analiza el fondo de la idea, se puede concluir que se trata de un punto de contacto muy importante: el lugar de cumplimiento de la obligación puede utilizarse en la actualidad cuando los acreedores son múltiples, para centralizar en una sola ley la relación de éstos con el deudor.

Un par de ejemplos nos ayudarán a entender esta idea: en la jurisprudencia inglesa se utiliza el contacto de "la relación más significativa (*the most closely connected*). Cuando hay varios lugares en donde se debe cumplir la obligación se estará al lugar donde, entre las diversas prestaciones y lugares, se realice la relación más significativa y de ese lugar se derivará la ley aplicable.

Otro ejemplo lo encontramos en la reciente Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los derechos sobre valores anotados en cuenta, aprobada el 7 de diciembre de 2002, en donde el intermediario relevante en la gestión de operaciones bursátiles tiene múltiples relaciones con los inversionistas, pero su gestión respecto de éstos y sus valores se centraliza en la ley aplicable al lugar donde debe cumplir con sus obligaciones: el lugar de su establecimiento, el lugar del *intermediario relevante*, donde éste desarrolle sus actividades (*Place of the Relevant Intermediary Approach*).

Por otra parte, los criterios de sede de las relaciones jurídicas y lugar de ejecución de los contratos propuestos por Savigny como puntos de contacto fundamentales constituyen hoy en día, como lo acabamos de ver, conexiones importantes en las relaciones jurídicas tanto personales como convencionales; sin embargo, esas relaciones suelen tener un grado de complejidad que no existía a mediados del siglo XIX, cuando Savigny plasmó por escrito sus ideas. Éstas fueron el punto de partida para varios autores modernos que analizan al sistema conflictual desde una perspectiva supranacional. Y fueron el punto de partida sobre todo por el hecho de que fue Savigny un pensador que iluminó a un mundo que se debatía, en la Europa del siglo XIX, entre innumerables problemas, muchas veces ignorando que existía algo más allá de sus fronteras. Este espíritu universalista caracteriza gran parte del pensamiento jurídico actual en materia de DIPr.

Los puntos de vista del ilustre romanista alemán expuestos hace más de un siglo y medio no han perdido aplicabilidad, lo cual realza el mérito del autor y el de haberlas difundido de manera brillante en su momento. Su pensamiento sigue vigente, en especial en cuestiones de derecho de familia, donde las diferencias

entre el sistema jurídico occidental, el islámico y otros sistemas semejantes establecen distinciones a partir de su base cultural; sin embargo, hoy en día en materia comercial hay cierta unificación de criterios y en todo el mundo se habla un lenguaje jurídico parecido; por tanto, el principio del orden público se diluye en ese sentido. No obstante, todavía en sistemas jurídicos pertenecientes a una misma cultura o en materia comercial hay límites para la aplicación de una ley extranjera, pero ya no por falta de comunidad cultural, sino porque sencillamente se trata de materias que se consideran con la suficiente importancia interna, lo que no permite que la ley extranjera se aplique. Por ejemplo, los accionistas en una sociedad mexicana pueden celebrar múltiples acuerdos y designar como aplicable una ley extranjera a esos acuerdos pero, como ya vimos, no podrán disponer nada con relación a la estructura, organización y funcionamiento de la sociedad porque la *Ley General de Sociedades Mercantiles* es considerada como de orden público y, por tanto, inderogable por la voluntad de las partes (en este sentido, véase más adelante: *Leyes de aplicación inmediata*).

La concepción moderna de la segunda de las tendencias mencionadas (la territorialista), es decir, la que tiene por objeto determinar el ámbito de aplicación de las normas jurídicas, se ha situado generalmente a partir de la escuela angloamericana del siglo XIX, de modo específico con las ideas de John Austin³ y de Joseph Story.⁴

Según Austin, el concepto de derecho debe partir del concepto clave del *mandato*. El derecho, según él, se integra de mandatos del soberano; de expresiones del deseo de una persona, o de un grupo de personas, para que los demás se conduzcan de una manera determinada. La persona o personas que emiten los mandatos lo hacen respaldadas por el poder y la voluntad de infligir un mal o daño como castigo en caso de desobediencia; el soberano lo es en cuanto logra hacer obedecer habitualmente sus mandatos y ningún otro posee un poder semejante para imponer a sus súbditos un hábito de obediencia. La fuerza jurídica de los mandatos del soberano está condicionada a que se cumpla tal hábito de obediencia; sin embargo, la fuerza del *mandato* sólo es posible dentro de un territorio; así, fuera de ese lugar el *mandato* carece de validez jurídica. Esta tesis, como se advierte, guarda íntima relación con la idea de la estricta determinación del ámbito de aplicación de las normas jurídicas de un Estado, en el sentido siguiente. Las leyes son *mandatos*, según Austin, y por tanto sólo tienen validez territorial. El soberano debe entonces pretender que sus leyes puedan servir únicamente para determinar su propio ámbito de aplicación. En este caso la regla de conflicto se estará utilizando de forma unilateral, porque como se indicó, su efecto es restringir en caso necesario la aplicación de la ley interna para que se aplique la ley extranjera.

Algunos territorialistas aceptaron esta propuesta, en el sentido de que la regla de conflicto, al declarar incompetentes las leyes internas, abre la posibilidad de que se aplique la ley extranjera.

³ *The province of jurisprudence determined*, Hart, Londres, 1954.

⁴ *Conflict of Laws*, 8a. ed., Melville M. Bigelow, Nueva York, 1883.

Veamos ahora a Story,⁵ quien además de destacado jurista fue ministro de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América, posición que influyó en la difusión de sus ideas al grado que fue el líder de la doctrina estadounidense en la segunda mitad del siglo XIX.⁶ En sus *Comentarios sobre conflictos de leyes* (1834), fuertemente influido por las doctrinas territorialistas francesa y holandesa de los siglos XVII y XVIII (véase en el cap. 1, ideas territorialistas) Joseph Story afirma: "En derecho, todas las leyes que expide el soberano no tienen fuerza ni autoridad fuera de los límites de su dominio, pero la necesidad del bien público y general de las naciones admite algunas excepciones por lo que respecta al comercio civil."

Story fundamenta estas excepciones en el concepto de los derechos adquiridos (*vested rights*). Así, los derechos adquiridos en otro país deben ser reconocidos por el soberano, mediante el concepto del *Comity*, una especie de cortesía, pero su reconocimiento y validez deberán hacerse siempre que no se lesionen los poderes y derechos de sus ciudadanos.

El art. 13 del CCF en su fracc. I recoge esta idea al establecer que las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas. Según Story, las normas jurídicas internas deben prevalecer, y pone fuerte énfasis en el sistema nacional, que debe tener en cuenta sólo excepcionalmente la existencia y el valor de otros sistemas jurídicos. Este punto de vista es retomado y desarrollado posteriormente por otros autores que para los efectos de este capítulo hemos inscrito en la corriente denominada *internista* o *territorialista*, a la cual nos referiremos más adelante.

Para concluir, es importante mencionar que desde el punto de vista histórico, la concepción del derecho a la cual pertenece Story estuvo fuertemente influida por el pensamiento inglés, con gran arraigo en los derechos reales, por lo que se concedió un valor muy importante a la propiedad inmueble, lo que se reflejó en las ideas territorialistas. Otro factor de influencia, de carácter académico, fue el siguiente: a consecuencia de los movimientos de reforma en Inglaterra, varios juristas ingleses realizaron sus estudios en Holanda, país en el cual había tolerancia religiosa y, como se recordará (cap. 1, ideas territorialistas), en ese país se desarrollaron también las doctrinas territorialistas francesas del siglo XVI.

6.3. Corriente supranacionalista

Como hemos señalado, el común denominador de esta corriente es el énfasis en los elementos de carácter internacional, donde se deben nutrir los derechos internos. Subdividiremos esta tendencia en dos grandes grupos: el de los internacionalistas y el de los universalistas.

⁵ Joseph Story, *Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies and especially in regard to marriages, divorces, successions and judgements*, 7a. ed., Little, Brown and Co., Boston, 1872.

⁶ Robert A. Leflor, *American Conflicts Law*, 3a. ed., Bob Merril, Nueva York, 1977, p. 1.

Internacionalistas

A finales del siglo XIX y principios del XX diversos autores dieron primacía a la comunidad jurídica internacional. Había razones para ello: Europa gozaba de paz por primera vez en muchos años. Zitelmann, uno de los internacionalistas, distingue dos tipos de normas jurídicas:

- las normas de origen *internacional*, que tienen como destinatarios a los Estados, y
- las normas de origen *nacional*, que se expiden para solucionar, dentro de este ámbito, problemas derivados del tráfico jurídico internacional (normas de conflicto).

Es decir, en cuanto a las normas internacionales, se trata de normas acordadas por los Estados mediante convenios o tratados internacionales en los que los propios Estados se obligan a resolver de manera determinada los problemas que presenta el tráfico jurídico internacional y, al mismo tiempo, esos Estados deben resolver, aunque de forma subsidiaria, otra serie de problemas por medio de normas conflictuales nacionales (Yanguas Messía).

Un segundo autor es Pillet, quien dirige su análisis hacia la soberanía estatal y a lo que él mismo denomina *el fin social de las leyes*. Para este autor, los conflictos de soberanía se dan en un Estado cuando éste acepta la aplicación de las leyes de otro Estado. Pillet afirma que el DIPr no establece en ese sentido reglas precisas y sólo existe el principio básico conforme al cual es necesario que cada Estado otorgue un respeto máximo a la soberanía de los demás estados (Batiffol).

El fin social de las leyes, según Pillet, debe quedar asegurado y para ello se deben distinguir, entre otros, dos caracteres propios de toda ley: el de su generalidad y el de su continuidad. Conforme al primero, las leyes son expedidas para regir dentro de un determinado territorio, lo que suele resultar indispensable para garantizar la vida colectiva. Mediante el segundo, el de su continuidad, la ley protege la vida jurídica internacional de los individuos. Este último es el carácter que deben tener las normas de DIPr.

En esta concepción internacionalista también podrían quedar inscritos otros autores de la época como Donati, en Italia; Conde y Duque, en España, y Bustamante y Caicedo Castilla,⁷ en Latinoamérica.

Es importante señalar que las propuestas de esta escuela, especialmente en el rumbo marcado por Zitelmann, volvieron a renacer, primero con la Conferencia Permanente de La Haya de Derecho Internacional Privado (1954), la cual por medio de sus numerosas convenciones aprobadas ha creado un verdadero sistema internacional en materia de DIPr, y segundo, en el ámbito latinoamericano, en el que mediante la Conferencia Americana Especializada sobre Derecho Internacio-

⁷ José Joaquín Caicedo Castilla, *Derecho Internacional Privado*, 6a. ed., Temis, Bogotá, 1967, pp. 276 y 277.

nal Privado (CIDIP), a lo largo de sus seis reuniones realizadas en los últimos 30 años y de manera especial con los grandes desarrollos jurídicos internacionales que se producen en el interior de tratados de libre comercio, se plantea crear mediante una serie de convenciones un nuevo sistema internacional en la materia. Aunque se trate de sistemas jurídicos en principio regionales, uno principalmente europeo y otro latinoamericano, el sueño de estos internacionalistas sigue vigente: establecer, por medio de tratados internacionales, las reglas de conflicto que garanticen la continuidad del tráfico jurídico internacional.

Universalistas

Las ideas de estos autores tienen su origen en la obra del holandés Jitta (1890), quien considera que el DIPr puede estudiarse desde dos perspectivas:

- la del Estado considerado individualmente, y
- la del Estado que forma parte de una comunidad internacional.

En el primer caso, todo Estado tiene el deber de respetar a "los individuos que componen la sociedad jurídica universal", y para cumplir con este principio es necesario que así lo prevea en su ordenamiento interno. En el segundo caso, por ser parte de una comunidad los Estados tienen el deber común de resolver, de manera homogénea, los problemas derivados del tráfico jurídico internacional mediante vías idóneas: tratados, leyes uniformes, etc. (Valladao).⁸

A partir de la idea de que los individuos componen la sociedad jurídica universal, Jitta considera que la "soberanía legislativa estatal: el poder del Estado, es el representante local del poder público de la humanidad", y cuando "el poder de varios Estados obran de acuerdo" resultará "el poder conjunto de los Estados sobre la humanidad entera" (Yanguas Messía).⁹

Los argumentos acerca de una idea universalista del DIPr no tuvieron mayor eco en su época, aun cuando a ellos se afiliaron importantes autores alemanes como Von Bar (1889) y Frankenstein (1926); sin embargo, hoy en día el concepto del individuo y el deber de su protección en escala universal por parte del Estado en lo individual y los Estados en su conjunto, ha vuelto a surgir bajo la idea del respeto a los derechos humanos.

Una variante de la tendencia anterior es la que sostiene Pascual Estanislao Mancini, conocida como *nacionalista*. En efecto, en su cátedra inaugural en la Universidad de Turín (1851), y más tarde en una ponencia presentada en el Instituto de Derecho Internacional (1874), Mancini se refirió a la necesaria aplicación extraterritorial del derecho en función de la persona, la cual pretendió justificar con la

⁸ Haroldo, Valladao, *Derecho internacional privado (material de clase)*, 4a. ed., Freitas Bastos, Río de Janeiro, 1969, pp. 73 y siguientes.

⁹ J. Yanguas Messía, J., "Les tendances autonomistes contemporaines en Droit international privé", en *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Dalloz-Sirey, París, pp. 563 y siguientes.

idea de la "justicia internacional" y a la que deben someterse los Estados bajo el riesgo, en caso contrario, de violar el derecho de gentes y con ello afectar a la "comunidad del derecho fundada en la sociabilidad de la naturaleza del hombre" (Romero del Prado).¹⁰

Mancini parte de la idea de que al elaborar y expedir las leyes nacionales el legislador ha tenido en cuenta la mentalidad de su pueblo, así como su cultura: lengua, raza, costumbres, las cuales son la expresión de su "ser nacional". De esta manera, resulta indispensable que la ley nacional de los individuos se aplique dondequiera que éstos se encuentren, principalmente para regir su capacidad, estado civil y demás derechos "de carácter privado". Esta aplicación, que incluso puede llegar a ser extraterritorial, es susceptible de sufrir tres excepciones:

- cuando exista una ley de orden público que lo impida y que prevalezca;
- en materia de actos jurídicos, cuando el aspecto formal de su celebración sea regido por las leyes del lugar en que se otorguen, y
- si la persona se acoge al principio de autonomía de la voluntad, caso en el cual prevalecerá la ley designada aplicable por esa persona.

De esa manera, a partir de la antigua idea estatutaria y del principio establecido en el art. 3o., párrafo tercero, del *Código civil* francés de 1804 (al cual acabamos de referirnos cuando tratamos las ideas de Savigny), Mancini propone el establecimiento de todo un sistema generalizado de aplicación del derecho que garantizaría el respeto a la persona humana dondequiera que se encontrara y, además, susceptible de solucionar los problemas derivados del tráfico jurídico internacional. Esta idea se sigue actualmente en los sistemas jurídicos de Europa continental donde, como dijimos se plantea aún la aplicación de la ley nacional de las personas para regir su capacidad y estado civil, a diferencia de Inglaterra, Estados Unidos de América y la mayoría de los países latinoamericanos, donde se sigue un sistema distinto consistente en aplicar en dichos casos la ley del domicilio de las personas, sin tener en cuenta su nacionalidad.

Como podrá apreciarse, con estos autores se vuelve a la propuesta de que a través de un sistema internacional se podrán proteger mejor los derechos de las personas en vida interestatal y atender, al mismo tiempo, las necesidades del tráfico jurídico internacional.

6.4. Corriente internista o territorialista

En esta segunda tendencia estamos frente a una variedad más amplia de ideas, lo cual no facilita la labor de clasificación, de ahí que debimos encontrar un común denominador del cual partir y es el siguiente: que trate de autores cuyas ideas se centran de manera primordial en la forma como se debe determinar el ámbito de

¹⁰ Víctor Romero del Prado, *Derecho internacional privado*, Assandri, Buenos Aires, 1961, p. 363.

aplicación de las normas jurídicas en el ámbito interno, dejando el problema de la aplicación de las leyes extranjeras de modo marginal.

Hablaremos indistintamente de corrientes internistas y territorialistas, ya que si bien algunos autores consideran que existen diferencias de fondo entre ellas, en realidad los internistas, desde nuestra perspectiva, pueden ser considerados como territorialistas, por lo que sólo haremos mención a las ideas territorialistas propiamente dichas y la única excepción respecto de estas ideas la haremos al mencionar por separado los planteamientos por tener una propuesta que se separa de las ideas territorialistas en algunos aspectos técnicos importantes. Para una exposición breve de estas ideas y lo más diferenciadas posible para facilidad del lector, las hemos reagrupado cronológica y geográficamente según se han expresado en Francia, Inglaterra, Estados Unidos de América y Latinoamérica.

Francia

El retorno de las ideas territorialistas en este país se debe principalmente a las obras de Foelix (1843) y Vareilles Sommieres¹¹ (1897). Sin embargo, el máximo sistematizador del territorialismo francés es Jean Pauline Niboyet (1924),¹² cuya amplia obra constituye una propuesta completa sobre el tráfico jurídico internacional con una base territorialista.

Según Niboyet, "cuando decimos que una ley es territorial, deseamos expresar que la misma rige a todos los hechos realizados en un determinado territorio o que interesan al mismo".¹³ Es decir, en principio, la ley normalmente aplicable será la ley del foro, en relación con los hechos que se produzcan dentro de su ámbito territorial de validez, y sólo en un número limitado de casos, como excepción, podrá permitirse la aplicación de la ley extranjera; esto no significa que el juez aplique invariablemente y a todos los casos su propia ley, lo cual, además de ser una solución obsoleta —según el autor citado—, resultaría contraria al comercio internacional.

En tales casos, de acuerdo con Niboyet,¹⁴ lo que el juez debe aplicar son sus normas de conflicto y no sus normas materiales. Él afirma: "Cuando un legislador elabora una ley, tiene en mente establecer una reglamentación para su territorio", y como consecuencia del necesario equilibrio de competencia territorial, el país mejor calificado para resolver cualquier conflicto es aquel dentro de cuyo territorio se desarrollan en cada caso concreto los hechos susceptibles de crear un derecho.

Los resultados del sistema propuesto por Niboyet son: "Respeto máximo de los derechos de cada Estado y de su soberanía, en aquello que les sea esencial, pero también respeto universal de los efectos de dicha soberanía."

¹¹ Vareilles-Sommieres, *Synthèse du droit international privé*, Paris, s/e, 1897.

¹² Jean-Paulin Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, Reus, Madrid, 1930.

¹³ L. Pereznieta, *Derecho internacional privado. Notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano*, 2a. ed., UNAM, México, 1982.

¹⁴ Jean-Paulin Niboyet, "L'universalité des règles de solution des conflits; est-elle réalisable sur la base de la territorialité?", en *Revue critique de droit international privé*, 1950, pp. 509 y siguientes.

Otro autor francés inscrito en esta corriente es Pierre Louis-Lucas¹⁵ (1935), para quien todo conflicto de legislaciones "engloba tres grupos de intereses: el privado, de los individuos como parte en el litigio, el nacional de los Estados y el internacional, que se refiere a la sociedad humana".

El interés que debe predominar es el nacional. De esta manera, podrá lograrse una armonía legislativa en la medida en que cada Estado aplique su propia ley. Según Louis-Lucas hay dos tipos de incompetencia de ley local: la necesaria, que revela la frontera extrema e indispensable de la territorialidad, y la voluntaria, de carácter secundario, que "muestra simplemente el hecho de que un Estado quiera restringir espontáneamente el campo de aplicación de su propia ley".

Como se desprende de las ideas de Niboyet y Louis-Lucas, existe una constante común en el sentido de declarar competente e incluso preponderante a la *lex fori*. Asimismo, ambos autores concuerdan en que la ley del foro debe fijar de manera unilateral su propio ámbito de aplicación y, finalmente, para casos excepcionales, donde la propia ley interna no contemple determinadas hipótesis, podrá ésta declararse incompetente para permitir la aplicación de la ley extranjera, que reivindique competencia. En otras palabras, para ambos autores el papel que desempeña la regla de conflicto es exclusivamente el de la delimitación del campo de aplicación espacial de su norma material y, en los casos de la incompetencia de ésta, simplemente permitir la aplicación de la ley extranjera. A esta manera de concebir la función de la regla de conflicto también se le ha denominado *unilateralista*.

Inglaterra

Influido por la tendencia territorialista inglesa, Dicey¹⁶ (1896) sostiene en su obra el principio según el cual la aplicación de la ley extranjera en el foro debe darse de manera excepcional; recogiendo la idea de Story, afirma que esa excepción debe justificarse en el principio de los *derechos adquiridos*, siempre que su objeto sea lograr resultados más justos. Para Dicey el DIPr se basa en dos principios: la competencia judicial y los conflictos de leyes. Así, todo derecho debidamente adquirido conforme a las leyes de un Estado debe ser generalmente reconocido por los tribunales ingleses, salvo el caso en el que tal derecho sea contrario al principio del orden público del derecho inglés. Esta actitud refleja la preocupación típica de un jurista que pertenece al sistema del *common law*: concederle primacía al reconocimiento de derechos por la autoridad judicial (Dove).¹⁷

Tal vez una de las principales aportaciones de Dicey haya sido la recopilación de diferentes casos fallados por las cortes inglesas y su intento por derivar de ellos principios generales que pudieran guiar la actividad futura de los juristas, en especial la de los jueces.

¹⁵ Pierre Louis-Lucas, "Conflicts de lois, théorie générale", en *Juris Classeur de Droit international privé*, 1935, p. 633.

¹⁶ Arthur Venn, Dicey, *A Digest of the law of England to the conflict of Laws*, 5a. ed., Ed. A. B. Keith, Londres, 1932.

¹⁷ Emil, Dove, *Derecho internacional privado*, Bosch, Barcelona, 1947.

Cheshire (1935), por su parte, critica que la doctrina elabore principios generales en la materia en clara alusión a la labor de recopilación de principios jurisprudenciales realizada por Dicey y se inclina por un método de análisis caso por caso para resolver ese tipo de problemas. Este autor otorga importancia a la forma como la norma jurídica extranjera debe ser determinada y aplicada por los jueces ingleses, y sostiene que la aplicación de la norma jurídica extranjera no afecta la soberanía estatal en la medida en que dicha norma sea aplicada en el foro por mandato de la propia norma de conflicto. Cheshire aporta elementos para la discusión del problema de la calificación, un tema que trataremos más adelante.

Darle primacía a la actividad judicial, como lo hace Dicey, tiene su base en el viejo proverbio inglés que ya hemos mencionado: *prior remedies than rights*, o sea, primero el procedimiento y luego el derecho aplicable, lo que revela el sentido práctico anglosajón. En este sentido, la idea de los derechos adquiridos va a regresar a Estados Unidos y será desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia de ese país. Al mismo tiempo surge la necesidad de recopilar fallos de las cortes, labor que desempeñó Joseph Beale, según veremos cuando más adelante nos refiramos a esta escuela.

Dos autores ingleses contemporáneos, Peter M. North y J.J. Fawcett, ambos profesores, en una obra en coautoría¹⁸ se refieren a la idea de los tribunales ingleses de otorgarle siempre primacía a las leyes inglesas, ya que los principios teóricos sobre si se trata de una ley personal o una ley real son "extraños a la tradición del *common law*". En ella, sostienen los autores, "el instinto del abogado inglés es analizar y proponer una regla fruto de una paciencia práctica de la abogacía dentro de sus actividades y expectativas humanas".¹⁹ Se trata de un derecho cuyo fin sea "promover la justicia y la convivencia", que finalmente tendrá que ser reconocido por las cortes inglesas al resolver los múltiples problemas con elementos internacionales. No es un planteamiento únicamente pragmático porque los autores apuntan a que esas mismas cortes producen, a través de sus resoluciones, un robusto cuerpo jurisprudencial que es analizado por la doctrina.

Estados Unidos de América

En este país, hasta mediados del siglo XX la doctrina moderna siguió dos direcciones más o menos definidas: la que se inició en la Universidad de Harvard y la adoptada en la Universidad de Yale.

En Harvard, Joseph H. Beale retomó la idea de Dicey acerca de los derechos adquiridos (que, como se recordará, había sido primero propuesta en Estados Unidos por Story), y al igual que Dicey llevó a cabo una enorme y valiosa labor de recopilación de la jurisprudencia estadounidense, en donde sistematizó y extrajo los principios fundamentales del DIPr y que culminó con el primer *Restatement of Conflict of Laws*, o recopilación de casos jurisprudenciales en materia de DIPr (1935).

¹⁸ *Private International Law (Cheshire and North's)*, 2a. ed., Butterworths, Londres, 1992.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 39.

De manera similar a Dicey, Beale pretende derivar de la jurisprudencia una serie de principios en los que se inspira el sistema del *common law* y, en el caso de inexistencia de algunos de éstos, habrá que deducirlos de la interpretación de los casos que se hayan fallado. Este modo de proceder fue continuado por varios autores estadounidenses como Cheatham, Freund, Leflar, Trautman, Goodrich y, particularmente, Willis. L.M. Reese, quien, con el apoyo de los anteriores, de otros juristas y del American Law Institute, publicó en 1971 el segundo *Restatement*.

En Yale, Ernest G. Lorenzen²⁰ y Walter W. Cook²¹ encabezan una corriente opuesta a la de Harvard, en la que propugnan por dejar en plena libertad al juez y rechazan que a éste no se le pueda imponer limitaciones fundamentadas en principios generales. Se trata de saber "lo que hacen los jueces y no lo que deben hacer". En estas condiciones, es necesario lograr la "mejor solución en cada caso concreto".

En respuesta a la idea de los derechos adquiridos, los autores citados proponen una nueva interpretación de la aplicación del derecho extranjero: cuando los tribunales aplican una ley extranjera "crean una ley interna semejante" (*on ground of social convenience*), con el objeto de "otorgar derechos parecidos a los que la ley extranjera otorga en el caso concreto" (Graveson).²²

A esta propuesta la denominan *teoría del derecho local (local law theory)* y se asemeja a la expuesta en México por Eduardo Trigueros y en Italia por Roberto Ago, que veremos más adelante cuando tratemos el tema de la aplicación de la ley extranjera.

Lorenzen y de Cook sentaron las bases para que otros autores estadounidenses desarrollaran una serie de propuestas que posteriormente integraron lo que se llamó la *revolución conflictual*. Esta revolución es una crítica del planteamiento tradicional y concretamente a la utilización mecánica de la regla de conflicto, la que en un sistema rígido como los sistemas jurídicos de derecho codificado se emplea sin evaluar principios de justicia que podrían presentarse en el caso concreto. Un ejemplo nos ayudará a precisar esta idea.

Si referimos el cumplimiento de las obligaciones convencionales a una regla de conflicto, ésta automáticamente nos dirá: el derecho aplicable es el del lugar de ejecución de la obligación. Esta indicación puede ser conveniente, pero no en todos los casos, porque las relaciones jurídicas y en especial las internacionales suelen ser complejas por tener variedad de puntos de contacto con diversas leyes. El cumplimiento de una sola obligación o de obligaciones vinculadas como es el lugar de entrega de la mercancía y del pago tiene una sencillez exagerada, pues aun en un caso semejante puede resultar que la obligación tenga efectivamente un lugar de cumplimiento definido, pero la naturaleza de la obligación no haga posible cumplirla en un solo lugar y el pago darse en condiciones que no coincidan con el

²⁰ *Selected articles on the conflict of laws*, Yale University Press, Nueva Haven, 1947.

²¹ "Logical and legal bases in the conflict of laws", en *Yale Law Journal*, núm. 33, 1924, pp. 457 y siguientes.

²² R. H. Graveson, "The comparative evolution of principles of the conflict of laws in England and the U.S.A.", en *Recueil des Cours*, t. I, 1960, pp. 21 y siguientes.

lugar en que las partes lo convinieron. Por ejemplo, la prestación de un servicio puede realizarse en México, lugar del cumplimiento de la obligación, pero por diversas circunstancias (fiscales, laborales, etc.) otra parte de ese cumplimiento debe darse en el extranjero. Otro tanto sucede con el pago: aunque el lugar pactado fue, digamos, Venezuela, el deudor puede solicitar que el pago se realice en un país distinto debido a una limitación en materia de control de cambios que se ha establecido en ese país.

Muchas de las ideas de los autores de la época que se reseña sirvieron de base para que un movimiento posterior revisara y criticara a las ideas tradicionales y clásicas en la disciplina. Por otra parte, la *revolución conflictual*, como se le llamó, ya ha pasado y ahora algunos autores estadounidenses, por lo menos los más significativos, parecen volver, con ideas renovadas, a la utilización de algunos conceptos tradicionales pero sobre nuevas propuestas, dentro de lo que podría llamarse genéricamente la *posrevolución conflictual*.

Examinemos ahora las propuestas de tres de los autores más relevantes que dieron origen a la revolución conflictual: Brainerd Currie, David Cavers y Albert A. Ehrenzweig.

Según Currie,²³ en cada caso concreto es necesario determinar si existe un interés estatal o gubernamental por aplicar la ley del foro, y sólo en los casos que esto no suceda los tribunales locales podrán declararse incompetentes para conocer del asunto que se les presente y, excepcionalmente, aplicar la ley extranjera; en otras palabras, para el autor citado deben prevalecer las políticas legislativas de un Estado y los intereses privados en cada caso unidos a esas políticas, de tal manera que si los elementos del caso analizados por el juez apuntan en interés de las leyes del Estado, éstas se deben aplicar, sin tomar en cuenta otra consideración, por lo que no existe el recurso a la regla conflictual a menos de que ese interés lo permita. Aunque Cavers le otorga a la regla de conflicto una función subsidiaria, no la excluye totalmente. La idea se basa en el principio que el autor propone, que es el del análisis del interés gubernamental (*governmental interest analysis*) y que consiste en que el juez local siempre lo debe tener en cuenta en su análisis y aplicarlo en primer lugar.

Cavers,²⁴ a su vez, critica el sistema conflictual tradicional por considerarlo un procedimiento "mecánico" y "formalista" que no toma en cuenta el contenido de las normas susceptibles de ser aplicadas, y propone que el objeto de todo sistema conflictual sea alcanzar la justicia en cada caso concreto, para lo que se deben aplicar las "reglas de selección de jurisdicción" (*jurisdiction selection rules*), así como las determinantes para el "resultado final del juicio" (*result selection rules*) más convenientes. Es decir, se deben aplicar primero las reglas que nos lleven a la determinación de la jurisdicción del juez que es competente para que éste determine

²³ Brainerd Currie, "Notes on methods and objectives in the conflict of laws", en *Duke Law Journal*, núm. 2, primavera de 1959, pp. 171 y siguientes.

²⁴ David F. Cavers, "A critique of the choice of Law problem", en *Harvard Law Review*, 1933, núm. 47, p. 173.

las leyes que deberá aplicar, que después de un análisis serán las que pueden resultar más convenientes (*selection rules*), sin que necesariamente deba atenerse a reglas formales de conflicto.

La posición de Cavers fue sensiblemente modificada por él mismo, ya que otorgó posteriormente mayor importancia a la seguridad jurídica que a la justicia, y así planteó un tipo de reglas conflictuales (*principles of preference*) por las que el juez debe guiar sus decisiones, aunque se trata de reglas de conflicto menos rígidas, que podríamos ilustrar con la relación más estrecha o la actividad preponderante; es decir, reglas de conflicto que ante una posible aplicación de varias leyes permiten optar por aquella que significa "la relación más estrecha" al caso o bien, ante la diversidad de prestaciones en un contrato, éste se regirá por la ley del lugar en donde, de todas esas prestaciones, sea el lugar de la prestación característica.

Ehrenzweig,²⁵ por su parte, otorga cierto valor a las normas de conflicto tradicionales (*choice of law rules, basic rules*), pero sostiene que la ley del foro debe ser la predominante y que ésta sólo podrá derogarse cuando así esté expresamente previsto por el orden jurídico a que pertenezca; es decir, cuando una regla de conflicto interna expresamente así lo establezca.

Otros autores más o menos contemporáneos de los anteriores, como Yntema,²⁶ Leflar,²⁷ Cheatham²⁸ y Reese,²⁹ fueron decisivos para el desarrollo de las ideas que constituyeron la revolución conflictual. El primero propuso una amplia lista de reglas de conflicto que el juez podría utilizar sin una obligación específica. El segundo, Leflar, con su *Choice-influencing considerations*, plantea a los jueces amplios parámetros dentro de los cuales pueden resolver los casos que se les presentan.

Los dos últimos, Cheatham y Reese, y en especial este último, se dieron a la tarea de glosar los principios derivados de la jurisprudencia estadounidense y como ya lo señalamos, tomando en consideración las nuevas propuestas redactaron el segundo *Restatement of Conflict of Laws*.

Antes de seguir adelante es importante mencionar un hecho que nos ayudará al redimensionamiento de la doctrina estadounidense contemporánea. Puesto que los estados de la Unión Americana tienen sus propias leyes, civiles y comerciales y sólo por excepción aplican leyes federales, debido a un intenso tráfico jurídico interestatal en Estados Unidos se provoca el mayor número de conflicto de leyes que con mucho supera en número a los conflictos de leyes que se suscitan en el resto del mundo. Un panorama similar enfrentará seguramente la Unión Europea

²⁵ Albert A. Ehrenzweig, "The lex fori basic rule in the conflict of laws", en *Michigan Law Review*, vol. 58, 1960, pp. 637 y siguientes.

²⁶ "The historic bases of private international law", en *American Journal of Comparative Law*, núm. 2, 1953, pp. 297 y siguientes.

²⁷ "Choice influencing considerations in conflicts of laws", en *New York University Law Review*, núm. 41, 1966, pp. 267 y siguientes.

²⁸ "American theories of conflict of laws: their role and utility", en *Harvard Law Review*, núm. 58, 1945, pp. 361 y siguientes.

²⁹ "Conflict of laws and the Restatement Second", en *Law & Contemp. Probs*, núm. 28, 1963, pp. 679 y siguientes.

una vez que estén funcionando a toda su capacidad los acuerdos derivados de los Tratados de Maastricht y de Amsterdam. De ahí que la cantidad de jurisprudencia estadounidense en la materia y el número de autores sobrepasen con mucho la expectativa de un libro como el presente. Éstas son las principales razones que nos movieron a llevar a cabo una selección quizá arbitraria de autores, sin dejar de reconocer que existen otros de gran prestigio e importancia que, por razones de espacio, no hemos incluido.

Entre los autores actuales cabe distinguir, entre otros, a Von Meheren, Trautman y Juenger. Los dos primeros han propuesto un método que denominan *Functional Approach*, y el último, un sistema basado en una justicia multiestatal (*Multiestate Justice*).

La propuesta de Von Meheren y Trautman está basada en las finalidades que el juez del foro debe tener en cuenta para llevar a cabo su análisis. Así, el razonamiento de decisión del juez será diferente del que utiliza cuando conoce y decide casos internos que cuando trata casos con elementos distintos de su derecho local. Asimismo, el juez del foro debe tener la libertad suficiente para adecuar su norma de conflicto con objeto de identificar una mayor cantidad de puntos de contacto que le permitan determinar la ley aplicable con más libertad. Se trata de la utilización de una regla de conflicto de forma amplia que permita identificar con mayor precisión la ley aplicable a casos —por lo general comunes en el tráfico jurídico internacional— tomando en cuenta una multiplicidad de puntos de contacto, en lugar de uno solo.³⁰

Antes de dejar la doctrina estadounidense que, como ya se mencionó, es muy extensa, vale la pena hacer un rápido recorrido por aquellos libros de texto que mayor acogida han tenido entre los profesores y estudiantes de Estados Unidos de América y que pueda servir para aquellos estudiantes latinoamericanos y en especial mexicanos que estén interesados en continuar sus estudios de posgrado en la Unión Americana.

Una de las obras más antiguas y reconocidas que se ha reeditado a través de los años gracias a la participación de autores que se le han unido es *Conflict of Laws, cases and materials*,³¹ de Maurice Rosenberg, quien lo inició en 1936; el autor ya ha fallecido y de su obra ahora se encargan Peter Hay³² y Russel J. Weintrub. Otro libro que se puede considerar también clásico y muy acogido por los sectores académicos es *Conflict of Laws, cases, comments and questions*, de Roger C. Cramton, Daniel Currie, Herma Hill Kay y Larry Kraner.³³ Un nuevo libro que tiene las metas de los libros anteriores pero apenas con algunos años de haberse publicado (1998) es *Conflict of Laws: American Comparative International, Cases and Materials*,³⁴

³⁰ Para ampliar el tema de la doctrina estadounidense contemporánea se recomienda Gene Shreve, *A Conflict of Laws Anthology*, Anderson Publ., Cincinnati, 1997.

³¹ 10a. ed., The Foundation Press, con actualizaciones de 1999.

³² Quien tiene publicado un importante tratado con Eugene F. Scoles: *Conflict of Laws*, 2a. ed., West Publishing, San Paul, 1992.

³³ Iniciado en 1968 y publicado por West Publishing, San Paul, ahora en su quinta edición de 1993.

³⁴ Ed. West Publishing, San Paul, 1998.

de Symeon C. Symeonides, Wendy Collins Perdue, James Nafzinger y Arthur Von Mehren; y para finalizar quizá una de las mejores obras sobre el tema por su profundidad de análisis: *Conflict of Laws*, de Andreas F. Lowenfeld,³⁵ quien además tiene un excelente libro titulado *International Litigation and Arbitration*.³⁶

Latinoamérica³⁷

En 1485 se inició la Reconquista de España; en la medida en que se expulsaba a los árabes de territorio español, las comunidades aplicaban, de manera general, sus propias leyes, sus fueros a toda persona que se encontrara o habitara en el lugar, un modo medieval de aplicar la ley. Con el tiempo, esta forma de aplicación del derecho fue delineando lo que más tarde se conoció como el territorialismo español. Esta concepción también puede encontrarse en las leyes expedidas por la Corona española en un esfuerzo de unificación legislativa; éste es el caso del *Fuero de Castilla* (1272), la recopilación de las *Siete Partidas* (1348), las *Ordenanzas Reales* (1492), las *Leyes del Toro* (1505), y especialmente la *Nueva Recopilación* (1567), cuerpo legal que se aplicó ampliamente en los territorios coloniales durante más de tres siglos.

Otro factor que influyó para afirmar el territorialismo fue el principio del exclusivismo colonial (Ots Capdequí),³⁸ que consistía en la prohibición a toda persona no súbdito de la Corona española, de ingresar en sus territorios (Ávalos).³⁹

Con el proceso de independencia de las naciones iberoamericanas se incubó un sentimiento nacionalista que contribuyó al desarrollo de esa concepción territorialista, lo cual sucedió en Sudamérica en el siglo XIX y en el siglo XX en México como producto de la Revolución. Veamos brevemente cada uno de esos casos.

La primera tendencia territorialista que influyó más profundamente en la legislación centro y sudamericana es la que se deriva del *Código Civil* chileno de 1855. Andrés Bello, su autor, desempeñó cargos diplomáticos en Londres por casi 20 años y ahí tuvo contacto con la jurisprudencia inglesa de carácter territorialista, concepción que se hace manifiesta en la obra que escribe durante su estancia en Inglaterra: *Principios de Derecho Internacional*. A su vuelta a Chile se consagra a la enseñanza y en 1835 comienza la redacción del *Código Civil*.⁴⁰

En su concepción del DIPr tanto en su obra escrita como en las ideas que expresa en el *Código Civil*, Bello parte de tres conceptos generales: dominación, im-

³⁵ 3a. ed., Matthew Bender, Nueva York, 1998.

³⁶ West Publishing, 1993.

³⁷ Como introducción al DIPr latinoamericano recomendamos a H. Valladao Texeira, *Derecho internacional privado* (trad. de Leonel Pereznieta Castro), Trillas, México, 1987.

³⁸ *Historia del Derecho Español en América y el Derecho Indiano*, Aguilar, Madrid, 1964, p. 745.

³⁹ Miguel V. Ávalos, *El progreso realizado en el derecho internacional privado en la República, desde la proclamación de la independencia hasta nuestros días*, Tipográfica de la Vda. de F. Díaz de León, Sucs., México, 1911.

⁴⁰ Sobre la personalidad de este autor se puede consultar *Homenaje a Andrés Bello*, UNAM, México, 1983.

perio y soberanía.⁴¹ El primero se refiere al poder que el Estado ejerce sobre las cosas que se encuentran dentro de su territorio y se conoce como *dominación*. En la medida en que esta dominación está consagrada por las leyes, toma el nombre de *imperio* y de este modo establece mandatos para las personas. El imperio produce efectos sobre los ciudadanos y sobre los extranjeros que se encuentran dentro de su territorio; sin embargo, en el caso de estos últimos el Estado no puede dictar leyes sobre sus personas por tratarse de individuos que no pertenecen a su comunidad nacional, a menos que éstos se encuentren dentro de su territorio o dentro de los límites establecidos en el mar. Este territorialismo nos indica lo siguiente: en general, las leyes relativas al estado civil y a la capacidad de las personas que son ciudadanos del Estado chileno se aplican a éstos cualesquiera que sea el lugar en donde residan. Puede decirse de esta manera que esas leyes van con los ciudadanos adondequiera que éstos se desplazan. Bello abrió con este planteamiento la posibilidad de la aplicación extraterritorial de las leyes mediante el estatuto personal.

Sin embargo, la expresión de estas ideas no se tradujo explícitamente en la redacción del *Código Civil* chileno, que en el art. 14 establece que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluidos a los extranjeros. De ello podría derivarse que la posibilidad de subsistencia del estatuto personal de los extranjeros en Chile desaparece y lo único aplicable es la ley chilena. Este planteamiento ha sido discutido y en ocasiones criticado por la doctrina chilena. El hecho es que hoy, dada la total apertura del sistema jurídico chileno hacia el mundo, ese principio territorialista ha resultado obsoleto.

La doctrina chilena tiene, entre otras, dos interpretaciones: una territorialista, sostenida por Clemente Fabres y Claro Soler, quienes afirman que en el art. 14 del *Código Civil* chileno el legislador no ha dejado duda alguna de que la ley chilena es aplicable a todo individuo que se encuentre dentro de su territorio. La otra interpretación, sustentada por el profesor Jaime Navarrete, considera que en realidad el legislador sólo quiso afirmar el principio general de que el sistema jurídico chileno rige en Chile y que se trata de un sistema que adopta el domicilio como ley personal.

La segunda tendencia territorialista sudamericana, que podemos denominar de *territorialismo relativo*, se inicia con el *Código Civil* argentino de 1871, que redacta, junto con otros códigos y disposiciones, el jurista Dalmacio Vélez Sarsfield. De acuerdo con el art. 1o. de dicho *Código*, las leyes son obligatorias para todos los habitantes del territorio de la República, ya sean ciudadanos o extranjeros, disposición que tiene una marcada influencia del *Código Civil* chileno; sin embargo, este criterio general es matizado por otras disposiciones en el mismo *Código* que someten expresamente la capacidad o la incapacidad de las personas a las leyes de su domicilio.

La profesora argentina Inés Weinberg de Roca considera que la noción del domicilio como punto de contacto en Argentina se encuentra bien afirmada, y

⁴¹ *Derecho Internacional*, Ministerio de Educación de Venezuela, Caracas, 1954, t. X de las *Obras completas*.

para que pueda considerarse que existe domicilio se requiere la presencia física de la persona (el *habeas*) y el deseo de ésta de querer domiciliarse en territorio argentino (el *animus*).⁴²

Estos dos códigos civiles influyeron decisivamente en casi toda la legislación centroamericana y sudamericana. Un factor que contribuyó en este sentido fue el hecho de que gran parte de estos países se convirtieron a partir del siglo XIX en países de inmigración, y la aplicación de la ley del foro solucionaba muchos problemas.

Con el tiempo, ese carácter marcadamente territorialista ha cedido a favor de soluciones de naturaleza internacional, lo que dio lugar a que durante el siglo XIX se gestara una serie de movimientos convencionales de carácter internacional promovidos con objeto de encontrar soluciones a los problemas⁴³ derivados del tráfico jurídico internacional, mediante disposiciones de carácter supranacional. Así, Sudamérica se constituyó en la región precursora en el mundo en materia de tratados internacionales sobre DIPr, primero con el Tratado de Lima de 1877-1878, después con los Tratados de Montevideo de 1889, que más tarde fueron revisados (1939-1940). La Convención de DIPr de La Habana de 1928, conocida como *Código de Bustamante*, la cual está integrada por 437 artículos y ha sido considerada uno de los esfuerzos más amplios de discusión del DIPr de la época; y las actuales convenciones producto de la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), en las seis sesiones que ha realizado desde 1975 y a las cuales ya nos hemos referido.

Salvo excepciones, la doctrina latinoamericana actual mantiene una posición crítica a los sistemas y actitudes territorialistas, posición que se advierte claramente en las citadas convenciones que han sido aprobadas por la CIDIP a lo largo de casi 30 años. En gran medida, la nueva tendencia convencional latinoamericana apunta hacia soluciones internacionales eficientes que faciliten el tráfico jurídico internacional.⁴⁴

El territorialismo en México

En México, debido a sus circunstancias geográficas, el territorialismo no se vio influido por los códigos chileno y argentino, pues como lo veremos en seguida tiene un origen diverso y definido en sus circunstancias históricas surgidas en las primeras tres décadas del siglo XX. Con ese fin examinaremos brevemente cinco aspectos:

- Su evolución histórica hasta 1932.
- La entrada en vigor del *Código Civil* de 1932.

⁴² *Derecho Internacional Privado*, Depalma, Buenos Aires, 1997.

⁴³ Este tema lo estudiaremos en el capítulo 11.

⁴⁴ Este es el caso, entre muchos otros autores, de Cecilia Fresnedo y Ruben Santos Belandro, en Uruguay; Alicia Perugini e Inés Weinberg de Roca, en Argentina; Tatiana B. de Maekelt y Gonzalo Parra Aranguren, en Venezuela, y Jacob Dolinger, Irineu Strenger y Carmen Tiburcio, en Brasil.

- El territorialismo absoluto y la doctrina hasta 1998.
- Los esfuerzos por lograr el cambio y la nueva legislación.
- Algunas tendencias regresivas hacia un neoterritorialismo.

En México, la evolución fue diferente de la del resto de los países del subcontinente. En Latinoamérica, la influencia de la legislación española subsistió incluso después de lograda la independencia; sin embargo, en varios de los documentos mexicanos libertarios se manifiesta un amplio sentimiento de aceptación de los extranjeros, a los cuales nos referimos en la primera parte de esta obra, como el art. 2o. de *Elementos Constitucionales*, de Ignacio López Rayón (1811); los arts. 10 y 16 del documento *Sentimientos de la Nación*, elaborado por José María Morelos y Pavón (1813); los arts. 14 y 17 del *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana* (1814), y el art. 12 del *Plan de Iguala* (1821).

En materia de legislación civil, la evolución también se desarrolló en sentido diferente. Gracias al desenvolvimiento cultural que significó a lo largo de cuatro siglos el Virreinato de la Nueva España, se creó una clase ilustrada de juristas⁴⁵ que más tarde influyó para que la transformación de la antigua legislación civil española se desarrollara sobre principios modernos, que en la época estaban representados por la legislación francesa y concretamente por el *Código Civil* francés de 1804. La versión que finalmente se adoptó en el *Código* de 1870 fue la elaborada por García Goyena en 1851 y que en gran parte era una buena traducción del *Código Civil* francés. De esta forma, en el *Código Civil* mexicano de 1870 quedó consagrada la teoría de los estatutos conforme a la cual la ley aplicable al estado y capacidad de los mexicanos era la ley mexicana, no obstante que éstos residieran en el extranjero.

Respecto a la doctrina del siglo XIX en México en materia de DIPr, podemos resumirla en lo siguiente. José Díaz Covarrubias sostuvo que el principio rector del DIPr se encuentra en la soberanía estatal y que ésta es el fundamento de la independencia de las naciones. Por su parte, Agustín Verdugo advirtió la necesidad de la aplicación de la ley territorial sobre toda la extensión del suelo nacional, y que la ley pueda tener aplicación extraterritorial, si lo requiere "el bien público y general de los pueblos". Isidro Montiel Duarte, por su lado, al referirse a los artículos del *Código* de 1870 relacionados con el estatuto personal, explica que con base en ellos podremos determinar si el hombre es nacional o extranjero, si está en ejercicio de sus derechos civiles, si puede adquirir domicilio y cambiarlo, si es padre legítimo, mayor o menor de edad, etc., por lo cual resulta necesaria la aplicación de la ley en el plano extraterritorial. Finalmente, Manuel María Seoane, al referirse al *Código Civil*, hace la consideración siguiente: "Bajo tres aspectos diferentes se halla el hombre sometido al poder de la ley: el de su persona, el de sus bienes y el de sus actos; estos tres aspectos se rigen o bien por la ley del lugar de la

⁴⁵ En la obra recientemente publicada, *80 años de la Barra Mexicana de Abogados (2002)*, se da cuenta de la formación de los colegios de abogados que tuvieron importancia durante el Virreinato y durante el siglo XIX.

situación de sus bienes, si la tiene estable y permanente como los inmuebles, o por último, si se trata de la forma exterior de sus actos lícitos, por las del lugar donde aquéllos se han pasado", lo cual está claramente definido en un sistema estatutario como el que establece el *Código Civil* de 1870.

A finales del siglo XIX y a principios del XX destacaron las ideas de otros autores, entre ellos Pedro Rodríguez (1903), José Algara (1889), Francisco J. Zavala (1903), Luis Pérez Verdía (1908) y Miguel V. Ávalos (1911).

La jurisprudencia mexicana del siglo XIX adquiere un considerable desarrollo en la materia. Se definen los principios siguientes:

1. En materia de estatuto personal se hizo prevalecer la ley española sobre la mexicana, al declararse la incapacidad por minoría de edad de una persona de nacionalidad española a pesar de que, conforme a la ley mexicana, esa misma persona era mayor y capaz (caso Lizardi, Juzgado 2o. de lo Civil de la Ciudad de México, 11 de febrero de 1864). En materia de sucesiones, los bienes muebles se hicieron depender de la ley del último domicilio del difunto (Suprema Corte de Justicia, 30 de septiembre de 1881).
2. En cuanto al estatuto real, se confirmó el principio *Lex rei sitae* (Tribunal Superior de Distrito, 4a. Sala, 30 de septiembre de 1881), y lo mismo sucedió con el principio *mobilia sequuntur personam* para el caso de los bienes muebles (Tribunal Superior de Justicia del Distrito, 3a. Sala, 19 de noviembre de 1872).
3. En materia de contratos se dictaron los principios *Lex loci solutionis* en cuanto al cumplimiento de obligaciones derivadas de aquéllos (Suprema Corte de Justicia, 11 de marzo de 1872), y respecto de la forma el principio *Locus regit actum* (Juzgado 3o. de lo Civil, 26 de marzo de 1874).
4. Finalmente, en relación con la competencia judicial existen dos sentencias significativas que se adelantan en más de 30 años a la jurisprudencia internacional de la época, en la primera a la jurisprudencia francesa y en la segunda, a las ideas que de la escuela estadounidense que ya examina.

En el caso de la primera sentencia, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró que el superintendente de la estación del ferrocarril de Veracruz tenía personalidad y, por tanto, los tribunales de ese lugar eran competentes para conocer, en vez de que la víctima tuviera que recurrir a los tribunales de la Ciudad de México, donde se encontraban las oficinas generales de dicho ferrocarril (13 de diciembre de 1873). La Corte de Casación francesa aceptó, en términos casi idénticos, la personalidad de cada sucursal para efectos del cumplimiento de obligaciones (15 de junio de 1909) bajo el concepto de *gares principales*, que más tarde se extendió a las sucursales de empresas y proyectado al ámbito internacional ha servido para solucionar conflictos de competencia judicial en materia de sociedades.

La segunda sentencia citada (Juzgado 5o. de lo Civil de la Ciudad de México, 6 de marzo de 1871) se refiere a la ejecución de una obligación personal contraída en el extranjero entre extranjeros y en la cual, a pesar de esta circunstancia, el juez tomó la residencia en México de uno de esos extranjeros, como punto de contacto,

por el interés que los tribunales mexicanos tenían por ese hecho de asumir competencia. A una forma semejante de proceder, como hemos visto, Curie la llamó *Governmental interest analysis*, el interés que tiene el juez en un momento determinado de declararse competente y conocer de un caso por uno o varios puntos de contacto que la relación jurídica tenga con su propio sistema.

Las disposiciones estatutarias del *Código Civil* de 1870 fueron reproducidas en el *Código* de 1884; de esa manera, México confirmó una trayectoria diferente de la del resto de los países latinoamericanos; pero, con motivo del *Código Civil* de 1928, expedido en 1932, se suscitó un cambio radical hacia una concepción territorialista, que llamamos *territorialismo absoluto*. Las razones de este cambio, en nuestra opinión, son varias: factores de orden político y social derivados del proceso revolucionario y de las intervenciones y reclamaciones extranjeras, suscitadas por los daños a personas y bienes extranjeros durante la Revolución, por una parte, y por otra la falta de un verdadero arraigo en la doctrina mexicana de las concepciones estatutarias, además del escaso desarrollo de dicha doctrina en las primeras décadas del siglo XX.

La disposición clave en el *Código Civil* de 1932 que muestra la idea territorialista que se le imprimió es la del art. 12, el cual establecía: "Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes."

De esta manera, durante los 56 años (1932-1988) en que estuvo en vigor el territorialismo absoluto, la jurisprudencia en la materia casi desapareció y la doctrina disminuyó sensiblemente, dado el poco interés que representaba un sistema jurídico cerrado hacia el exterior y con códigos civiles en los estados con disposiciones uniformes a las del *Código Civil para el Distrito Federal*, que no suscitaban conflictos de leyes interestatales.

Por lo que se refiere a la doctrina, a lo largo de esos 56 años puede decirse que fue escasa. Pocos fueron los autores que escribieron alguna obra en este periodo; entre ellos puede mencionarse a Roberto Esteva Ruiz (1932), Eduardo Trigueros (1938), Guillermo Gallardo Vázquez (1943), Alberto Arce (1943) en Guadalajara, José Luis Siquieros (1945), Jorge Aurelio Carrillo (1965), Enrique Estrada Aceves (1968), en Morelia y, finalmente, Carlos Arellano García, quien publicó sus apuntes de clase, que en líneas generales reprodujo en su libro publicado en 1974 y reeditado posteriormente.

Según Eduardo Trigueros (1938), todo Estado es independiente y soberano dentro de los límites de su territorio: "La potestad normativa de cada Estado alcanza únicamente hasta donde empieza la potestad de otro sistema autónomo de derecho positivo... así, la aplicación de las normas jurídicas de un Estado en el territorio de otro se puede dar única y exclusivamente por la voluntad autónoma [de este último]".⁴⁶ Trigueros rechaza el principio de la "absoluta territorialidad

⁴⁶ Eduardo Trigueros, "La aplicación de leyes extrañas: el problema fundamental", en *Revista Jus*, núm. 30, enero de 1941, pp. 1 y siguientes.

de la ley", pues ello resultaría contrario "al espíritu de utilidad y de justicia", que es precisamente lo que obliga a admitir la aplicación de la norma extranjera. Así, sostiene que la aplicación de la norma extranjera en el foro se da en virtud de la norma de conflicto, la que, en realidad, crea una nueva norma que pasa a formar parte del sistema jurídico nacional.

En la obra de Trigueros se percibe la influencia de autores italianos; las características de creación normativa que plantea son cercanas a los planteamientos a los que más tarde llegó Rolando Quadri en Italia, al proponer el unilateralismo como medio de solución, en materia conflictual, a los problemas que se suscitan en y por el tráfico internacional. Trigueros es, a nuestro parecer, el iusprivatista mexicano más importante de la primera mitad del siglo XX, tanto por la innovación de sus ideas como por la extensión de su obra publicada.

José Luis Siqueiros (1945) sigue algunas de las vías trazadas por Eduardo Trigueros y basa su análisis principalmente en el sistema jurídico positivo mexicano. En su *Síntesis del DIPr* y en trabajos posteriores destaca el afán del autor por mostrar el problema de la materia en el sistema federal mexicano, así como por formular propuestas para resolver algunos de esos problemas. Critica al sistema territorial del art. 12 del *Código Civil* y propone que el estado y la capacidad de las personas deben regirse por la ley del lugar donde habitan. En general Siqueiros es, en nuestra opinión, un excelente comentarista del sistema jurídico mexicano en esta materia, y aunque su obra no es tan abundante como la de Trigueros, su formación como abogado internacionalista lo lleva a plantear soluciones prácticas a casos concretos, lo que lo convierte en un autor cuya obra es de consulta obligada. Cabe añadir que Siqueiros ha sido una de las columnas sobre las que se sostiene el arbitraje comercial internacional en México.

Por su parte, Carlos Arellano García (1968) sostiene que "el DIPr es un conjunto de normas jurídicas de más de un Estado que pretende regir una situación concreta". El autor circunscribe el objeto de la disciplina al sistema conflictual tradicional, para luego situar las normas conflictuales dentro del ámbito del derecho público al considerar que las normas de conflicto son normas obligatorias. También señala el autor que los métodos de solución de conflictos son dos: el método interno y el método internacional. En cuanto al primero, afirma que "el Estado, con vista en sus propias necesidades, conveniencias, compromisos y opiniones, dicta las soluciones normativas que satisfagan mejor sus intereses y los del grupo social al que se gobierna: los intereses universalistas sucumben ante las necesidades locales". Respecto del segundo, el método internacional, el autor expresa que, conforme a éste,

La solución de los llamados *conflictos de normas jurídicas* tiene como regla una disposición supraestatal nacida no de la voluntad unilateral de un Estado, sino del acuerdo expreso o tácito (tratados internacionales o costumbres internacionales) de varios estados, y por tanto, las normas que se elaboran para solucionar conflictos no se reducen a la satisfacción de las necesidades de una entidad estatal, sino que se enfocan a cubrir exigencias de la comunidad de naciones.⁴⁷

⁴⁷ Carlos Arellano García, *Derecho internacional privado*, Porrúa, México, 1974, pp. 588 y siguientes.

Es entonces mediante acuerdos entre los Estados como se puede lograr esta solución; sin embargo, Arellano García ha sostenido una posición territorialista para la solución de los conflictos de leyes. En la época que nuestro país tuvo un sistema cerrado hacia el exterior, el autor citado justificó la no aplicación del derecho extranjero en México mediante criterios de orden práctico en los términos siguientes:

No se ha requerido la búsqueda ni la interpretación del derecho extranjero aplicable; se ha reducido la necesidad de invocar el orden público y el fraude a la ley como medios para impedir en ciertas ocasiones la aplicación de la norma extranjera nociva, y la remisión ha perdido importancia como subterfugio para aplicar a toda costa la norma jurídica nacional en sustitución de la norma jurídica extranjera competente.

Por otro lado, Arellano García afirma que en la determinación del derecho aplicable existe una "vigencia simultánea de normas jurídicas de más de un Estado", pero en realidad no hay "vigencia" de ninguna ley, pues como quedó expuesto mediante los conceptos citados de Romero del Prado y de Miaja de la Muela, lo que existe únicamente es duda acerca de la aplicación de una norma determinada.

Sin embargo, la posición de Arellano García evidenciada en sus primeras obras ha experimentado un cambio en los últimos años, ya que actualmente se inclina por encontrar soluciones a los problemas derivados del tráfico jurídico internacional con base en un territorialismo moderado y, en ocasiones, con fundamento en un sistema internacional.

Volviendo al contexto del territorialismo en México a partir de 1932, a pesar de su prevalencia, la realidad mostró, desde la misma fecha de expedición del *Código Civil*, que no era posible que una posición de esa naturaleza subsistiera con carácter exclusivo y excluyente y así, en el mismo año, 1932, se expidió la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, cuyo título primero, capítulo VII, se dedica enteramente a "la aplicación de las leyes extranjeras". En el *Código de Comercio* y en el propio *Código Civil* hay varias disposiciones que propician la aplicación de una ley extranjera. Las modificaciones al *Código de Comercio*, como fueron, entre otras, la *Ley de Navegación y Comercio Marítimos*, publicada en 1975 (ahora ya derogada), demostraron la obsolescencia del sistema territorialista.

En el plano internacional, durante este periodo territorialista México ratificó dos convenios internacionales vinculados con el DIPr: el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de Poderes, de 1940, ratificado en 1953, y la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de Naciones Unidas de 1968, ratificada en 1971.

Ante una situación territorialista de este tipo y frente a un mundo que estaba en una profunda transformación se levantaron voces. Mencionaremos a continuación a las más importantes.

El Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, fundado en 1968 por los juristas José Luis Siqueiros, Guillermo Gallardo Vázquez, Jorge Aurelio Carrillo, Julio César Treviño Ascué y Carlos Arellano García, se vio reforzado a princi-

pios de la década de 1970 por una nueva generación de juristas que, con los anteriores, contribuyó a dar un renovado impulso al DIPr en México. Entre ellos cabe mencionar a Laura Trigueros, Claude Belair, Fernando Vázquez Pando, Víctor Carlos García Moreno y el autor de esta obra, a quienes posteriormente se les unieron Luis Fausto Ornelas, María Elena Mansilla, Manuel Rosales Silva, Ricardo Abarca, Walter Frisch Philip y Martha Imelda González.

En 1975 México, por medio de un grupo de miembros de la Academia, participó en la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre DIPr (CIDIP-I), en Panamá. En 1976 se llevó a cabo el Primer Seminario Nacional del DIPr, seminarios que se han celebrado sin interrupción hasta la fecha (26 en total). Este foro es hoy el más importante en México para la discusión de problemas relativos al DIPr y al Derecho comparado y la principal fuente generadora de doctrina en la materia, que ya cuenta con más de 200 trabajos publicados. En 1976 México empezó a participar como miembro permanente ante la recién creada Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional mediante dos profesores prestigiados: Roberto Mantilla Molina y Jorge Barrera Graf, a quienes, a su muerte, sustituyeron José María Abascal, Alejandro Ogarrio y el autor de esta obra. En 1978 se ratificaron las primeras convenciones aprobadas en Panamá. En 1979 México volvió a participar en la CIDIP-II, con la representación de miembros de la Academia, en esta ocasión en Montevideo, Uruguay. En 1981 se constituyó la Asociación Nacional de Profesores de DIPr. En 1983 México ya había ratificado siete convenciones interamericanas. En 1984 se volvió a participar en la CIDIP-III, en La Paz, Bolivia. En este último año ratifica el estatuto de la Conferencia Permanente de DIPr de La Haya, foro en el cual representan a México José Luis Siqueiros y el que esto escribe. Para el año 2000, el país ya era parte de más de 60 convenciones en la materia, lo que ha contribuido a robustecer al DIPr con un amplio derecho convencional internacional.

En el Décimo Seminario Nacional de DIPr, celebrado en 1986, se presentaron una serie de ponencias en las que se proponían cambios a la legislación, con objeto de adecuarla al derecho convencional ya existente y con el propósito de hacerla compatible con las necesidades del tráfico jurídico internacional moderno. En dicho seminario se tomó la decisión de que la Academia nombrara relatores para reformular los trabajos presentados y así llevarlos a una nueva discusión el año siguiente.

Los relatores fueron, en derecho procesal internacional, José Luis Siqueiros, Fernando Vázquez Pando y Ricardo Abarca; en derecho laboral, Laura Trigueros; en *Código Civil*, el autor de esta obra. Después de un año de discusión interna y reformulación, en el Undécimo Seminario Nacional se presentó un nuevo DIPr. Con base en estas propuestas, la Secretaría de Gobernación, por medio de su Dirección General Jurídica, formuló un proyecto que el Poder Ejecutivo puso a consideración del Congreso y que fue aprobado entre el 7 y 11 de enero de 1988.

Para Laura Trigueros, el derecho internacional privado y específicamente los conflictos de leyes deben resolver sobre una base internacional y en un nivel interno con fundamento en principios modernos y mediante la utilización de las

diversas técnicas establecidas. En algunas de sus obras se advierte la inquietud por la sistematización del DIPr al derecho del trabajo ya que, según afirma la jurista, "el derecho del trabajo tiene una dimensión internacional innegable" y, por tanto, "se requiere de técnicas internas que resuelvan la relación de sus elementos con las normas provenientes de sistemas jurídicos diversos para la regulación de estas situaciones". Sus trabajos más recientes se han centrado en el problema de la doble nacionalidad, ámbito en el que ha hecho aportes de gran importancia. Al mismo tiempo Laura Trigueros ha incursionado desde hace varios años en el derecho constitucional, gracias a lo cual ha podido plantear cuestiones de interés para el DIPr; por ejemplo, sus análisis acerca de la aplicación de tratados internacionales en el sistema federal mexicano, que resultan planteamientos muy sugerentes.

Por su parte, Fernando Vázquez Pando, ya fallecido, considera que el régimen jurídico de los problemas que pretende regular el DIPr únicamente puede encontrar una regulación adecuada en el derecho internacional público, pues sólo éste ofrece un nivel suficiente de coincidencia de convicciones jurídicas que asegure soluciones unitarias. En consecuencia, deberá propiciarse tanto la celebración de tratados internacionales de derecho uniforme como las investigaciones comparatistas que tiendan a descubrir las convicciones jurídicas coincidentes, las que facilitan el surgimiento de normas internacionales. Dada la escasez actual de normas internacionales, las soluciones a partir del derecho interno son indispensables, y el principio de posibilidad de internacionalización coincidente con lo que en la década de 1960 planteó el profesor griego Petros Vallindas y que se muestra como una de las guías útiles en la fórmula de normas internas.

Por razones análogas, según Vázquez Pando, algunos problemas como el de la calificación encuentran una solución más adecuada en el método comparatista o en la tendencia autonomista representada por el profesor italiano Eduardo Vita, ya que en el pensamiento de este último tal autonomía se plantea precisamente para llegar a una calificación que atienda de manera adecuada el carácter internacional del problema y a las necesidades de la equidad en cada caso concreto.

Francisco José Contreras Vaca publicó su primera obra en 1994, *Derecho Internacional Privado*. En ella el autor expone una serie de ideas en las que se refleja la nueva concepción del DIPr mexicano. También publicó una obra titulada *DIPr convencional*, que constituye un gran aporte a la materia.

Analizaremos ahora la tercera de las corrientes que se desarrollaron en el ámbito internacional.

6.5. Corriente autónoma

Precusores

En los últimos 60 años surgió un conjunto de autores que de manera general hemos agrupado en la tendencia denominada *autónoma*. Entre las características que podríamos señalar como comunes a esta tendencia se hallan las siguientes:

- atribuir al DIPr una posición autónoma dentro del marco general del derecho;
- partir del sistema jurídico positivo y del método jurídico comparativo, a efecto de apoyar su posición, y
- contribuir a un equilibrio en la tendencia entre nacionalismo e internacionalismo (Evrigenis).

Algunos de los precursores de tal tendencia son los alemanes Ernest Rabel (1931) y Wilhelm Wengler (1934), así como el griego Petros Vallindas (1937), a cuyos planteamientos nos referiremos brevemente a continuación.

Ernest Rabel parte del método de derecho comparado y afirma que las normas de conflicto son de origen nacional y deben ser interpretadas de modo que el proceso interpretativo se aplique de forma diferente a todas ellas; así como el juez interpreta de manera distinta las normas relativas a la familia y las normas mercantiles, debe interpretar las normas extranjeras que resultan de la aplicación de la norma de conflicto. Se trata de la utilización de un método interpretativo diferente, donde el juez ha de considerar las normas conflictuales independientemente de las demás normas del sistema a que aquéllas pertenecen, pues están destinadas a regular fenómenos jurídicos diversos que se presentan por la coexistencia de distintos sistemas jurídicos positivos. Para este autor, la norma jurídica de conflicto consta de dos partes:

- la primera define su objeto, que consiste en ciertos hechos (lugar de celebración del acto, lugar de ejecución del contrato, etc.), y
- la segunda determina las consecuencias jurídicas de esos hechos (ley aplicable a la forma en la celebración de los actos, consecuencias jurídicas de la ejecución del contrato en tal o cual lugar, etc.). Sin prejuzgar acerca de la existencia de una relación jurídica determinada, la norma conflictual plantea una situación que deberá ser definida o calificada más tarde.

A reserva de retomar más adelante las ideas de este autor, cuando veamos el problema de la calificación, cabe señalar que Rabel plantea la necesidad de que la norma conflictual sirva de verdadero enlace entre el sistema jurídico del foro y los demás sistemas jurídicos positivos y para ese efecto, mediante la interpretación, el juez debe ampliar las categorías establecidas por las normas conflictuales (adopción, matrimonio, divorcio, etc.). Es decir, en las normas del sistema jurídico nacional las instituciones se encuentran definidas de tal modo que un matrimonio celebrado conforme a la legislación de Puebla es un acto jurídico similar al previsto en la legislación de Nayarit o en la del Distrito Federal; lo mismo sucede con una adopción, un divorcio, etc. Pero esta definición de categorías o instituciones no suele resultar tan clara cuando se interrelacionan dos o más sistemas jurídicos positivos: un matrimonio religioso celebrado en Grecia o en España no resultará totalmente similar al matrimonio civil previsto en México (en donde se le considera un contrato civil); asimismo, el divorcio previsto en México es una institución

desconocida en Chile, donde la categoría o institución con efectos parecidos es la separación de cuerpos.

De esta forma, Rabel propone ampliar la categoría de la norma conflictual del foro con objeto de estar en condiciones de reconocer una categoría extranjera que no sea totalmente similar a la nacional, posibilitando con ello el enlace entre los diferentes sistemas jurídicos positivos. En la concepción del autor, la norma conflictual nacional debe definir su objeto, el cual consiste en ciertos hechos (lugar de celebración del matrimonio, de la adopción y de la ejecución del contrato) y seguidamente extraer las consecuencias jurídicas de los mismos: establecer si efectivamente se trata de un matrimonio, de una adopción, de un divorcio, de un contrato de compraventa o de una institución similar y, de ser el caso, establecer las consecuencias jurídicas correspondientes: derechos y deberes matrimoniales, derechos alimentarios, distribución de bienes, transmisión de la propiedad, etcétera.

Por su parte, Wilhelm Wengler propugna por el método comparativo como técnica para lograr la armonía en los diversos sistemas jurídicos positivos. Según él, se debe partir del conocimiento y estudio de los sistemas jurídicos positivos extranjeros a fin de tratar de uniformar sus instituciones o categorías, aun a costa de un sacrificio máximo. De acuerdo con Wengler, el derecho comparado es el medio idóneo para lograr el conocimiento del derecho extranjero y alcanzar cierta uniformidad de soluciones, lo cual, a su vez, redundará en beneficio de la continuidad jurídica del tráfico internacional.

Lejos de descartar la posibilidad propuesta por Rabel, con su idea de la utilización del derecho comparado, Wengler pretende complementar el procedimiento propuesto por aquél. La uniformidad de los sistemas jurídicos positivos es un ideal que si bien resulta muy difícil de conseguir plenamente, por lo menos de manera general puede obtenerse, y el método comparativo resulta un medio idóneo para ello.

Otro autor, Petros Vallindas, afirma que la discusión acerca de supranacionalismo y el nacionalismo es meramente teórica y que posiciones tan extremas no ayudan a la cabal comprensión de los problemas que en la realidad plantea el DIPr, cuyo objeto se reduce a la reglamentación de la vida internacional de los individuos, objeto que, por lo demás, hace de la disciplina una rama autónoma del derecho. Por tanto, deben proponerse y estudiarse los procedimientos idóneos que sirvan verdadera y efectivamente para reglamentar esa vida internacional de los individuos.

Quizá la postura de Vallindas sea una de las que mayor influencia han ejercido en la doctrina contemporánea, pues tiende a solucionar los problemas reales que plantea el tráfico jurídico actual. Su posición es en el sentido de rechazar toda discusión teórica que no conduzca al logro de soluciones prácticas, porque la realidad internacional nos presenta diariamente tantos problemas y en diversas áreas que más vale contar con las soluciones y propugnar por otras técnicas de solución de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

Tendencia autónoma actual

Los argumentos anteriores nos permiten obtener algunos de los presupuestos generales que dan origen a la llamada *tendencia autónoma*. Por otra parte, debido al eleva-

do número de autores que podrían adscribirse a esta tendencia, nos limitaremos a cuatro de ellos: Jacques Maury (1936), de la Universidad de París; Henri Batiffol (1938), de la misma universidad; Juan Antonio Carrillo Salcedo (1961), de la Universidad de Sevilla, y Werner Goldschmidt (1947), de la Universidad de Buenos Aires.

No obstante que una de las características del desarrollo francés moderno ha sido oscilar entre los extremos, en 1936 el entonces maestro de la Universidad de Tolosa, Jacques Maury, en su curso de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, propuso la posibilidad de la complementación de doctrinas hasta entonces irreductibles, mediante la necesaria coexistencia de fuentes nacionales e internacionales. "Las normas que constituyen al DIPr —decía— deben ser caracterizadas por su contenido y no por su origen."

Acorde con esta tendencia, Henri Batiffol sostenía que las relaciones regidas por el DIPr no son una simple materia sometida a la normatividad del foro con desconocimiento de la existencia y el valor de los sistemas jurídicos extranjeros. Como no se puede negar la existencia de las relaciones internacionales en el plano individual, su regulación requiere la presencia de un conjunto de normas que tengan en cuenta el contenido y alcance de las relaciones internacionales en la esfera individual y, por tanto, sean aplicables en los diversos sistemas jurídicos extranjeros. No se pretende —afirmaba el autor— el establecimiento de un sistema supranacional que ignore la exigencia de los derechos nacionales y tampoco una simple proyección externa de éstos.

El método que Batiffol planteó es la necesaria coordinación de los sistemas jurídicos, de manera tal que su aplicación armónica tienda a alcanzar las finalidades de cada uno de estos derechos. Esta idea fue propuesta por la delegación mexicana y aceptada con motivo de la elaboración de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr, en cuyo art. 9o. se establece: "Las diversas leyes que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicadas armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones."

Este concepto se incluyó en el Proyecto de Modificaciones al Código Civil y fue aceptado, en los mismos términos, en el art. 14, fracc. V, primera parte, del Código (CCF).

Tradicionalmente se ha considerado —continúa el autor— que el sistema conflictual es el único procedimiento con el que pueden resolverse los problemas derivados del tráfico jurídico internacional, pero en época reciente se ha complementando tal procedimiento con la utilización de otros métodos como los llamados de *leyes de aplicación inmediata*, de *normas materiales* y *derecho uniforme*.

No obstante la existencia de los métodos señalados —afirma Batiffol—, el método conflictual garantiza hoy en día "la coordinación de los sistemas jurídicos nacionales", ya que posibilita su articulación como entidades coordinadas y no como compartimientos separados y cerrados. La vía propuesta por él dentro del método conflictual tradicional es la localización objetiva de relaciones de derecho privado.

Conforme a ese método, deberán considerarse los elementos que normalmente constituyen este tipo de relaciones: por una parte, el sujeto o sujetos, el objeto y

la fuente jurídica; y por la otra el contacto o la conexión de dichos elementos con uno o más sistemas jurídicos positivos. En otras palabras, habrá que determinar, primero, las cualidades de las personas que intervienen: su nacionalidad o su domicilio (de comprador y vendedor, de esposo y esposa, de padre, hijo, etc.); del vínculo (matrimonial, filiación) y, finalmente, la fuente jurídica y las consecuencias deseadas por esas personas (un contrato, el acto de divorcio o el acto de filiación). Hecho esto, habrá de precisarse la vinculación, la conexión o el contacto que los sujetos, el objeto y la fuente jurídica guardan con un determinado sistema jurídico positivo (por razón de la residencia o el domicilio del comprador o vendedor, de los esposos, del padre y del hijo; por el desplazamiento de la mercadería, por la disolución del vínculo matrimonial o por la filiación y sus efectos; por el lugar de celebración o ejecución del contrato, del divorcio, etcétera).

De esta manera, según Batiffol, se logrará que la interpretación de la relación considerada sea acorde con la normatividad con base en la cual fue creada, con lo que se evitan posibles deformaciones o desnaturalizaciones, y de ese modo se da oportunidad y garantía a la continuidad internacional de las relaciones humanas, lo que a su vez posibilita la correcta "coordinación de los diversos sistemas nacionales".

La posición de Batiffol, su visión y sus inquietudes han provocado que varios autores hayan hecho suyos los planteamientos y las ideas de este autor francés, y así se ha dado origen a una renovación de la tendencia autonomista, como es el caso de Juan Antonio Carrillo Salcedo, a quien nos referiremos a continuación.

En la exposición de este antiguo profesor de la Universidad de Madrid y ahora de la Universidad de Sevilla, se constata una labor de crítica a las concepciones universalistas e internistas. Al igual que Batiffol, Carrillo sostiene la necesidad de recurrir, si es necesario, a otros métodos diferentes del método conflictual para solucionar problemas derivados del tráfico jurídico internacional, pero específica que para cumplir su finalidad, que es la regulación de las relaciones humanas afectadas por la pluralidad y la diversidad de ordenamientos jurídicos, el DIPr recurre al empleo de diferentes procedimientos y de ahí que esta disciplina registre un pluralismo de normas de las que alguna puede ser predominante, pero en modo alguno exclusiva. En efecto, la reglamentación puede resultar:

1. De la aplicación de normas de derecho interno a la relación o situación internacional, pese a los elementos extranjeros que puedan darse en la misma.
2. De una norma material mediante la que el ordenamiento del foro reglamenta de forma directa las consecuencias jurídicas de un supuesto derecho con elementos extranjeros.
3. Finalmente, de una norma que procede a reglamentar de modo indirecto el supuesto de tráfico externo, por referencia a uno de los ordenamientos jurídicos con los que aquél se halla vinculado y en el cual queda localizado.

De esta manera, afirma el autor,

la internacionalización de la solución no se alcanza mediante el establecimiento de una regulación directa específica, distinta y aun a veces contraria a lo que el ordenamiento

jurídico del foro tiene previsto para las hipótesis del tráfico interno, sino mediante la cooperación de coordinación que se organiza para proveer una reglamentación justa y adecuada a un supuesto de tráfico externo.

Carrillo Salcedo cita a Elisa Pérez Vera, autora española contemporánea, cuando afirma que hoy el DIPr para cumplir su misión pasa por tres etapas:

1. Inicialmente se verifica si el supuesto de hecho en el que pueden existir elementos extranjeros cae o no bajo el imperio de normas internas de aplicación necesaria, y en qué medida ello es así.
2. A continuación, y en el caso de respuesta negativa, se hacen invertir las reglas materiales, nacionales o internacionales que pudieran existir para regular directamente las consecuencias jurídicas de supuestos de tráfico externo con elementos extranjeros jurídicamente relevantes.
3. Finalmente, en caso de no existir normas de derecho interno de aplicación necesaria de normas de DIPr material aplicables al caso, se procedería a aplicar las reglas de conflicto, que con las anteriores integran el sistema de DIPr del foro y cuya función consiste en localizar el supuesto de tráfico externo en uno de los ordenamientos en presencia, para que sea éste el que, en coordinación con el derecho del foro, proporcione la reglamentación sustantiva del problema de que se trate.

En cuanto a la diversidad de procedimientos para la solución de problemas derivados del tráfico jurídico internacional, Carrillo Salcedo se pronuncia por una necesaria cooperación y coordinación entre los diversos sistemas jurídicos positivos, pues ésta es la vía para alcanzar soluciones justas y adecuadas, lo cual implica que los legisladores y aplicadores del derecho nacionales adopten una actitud de apertura cuando se les presente este tipo de problemas. A diferencia de los autores que se mantienen en una posición tradicional y que sólo consideran al método conflictual, Carrillo Salcedo aclara las tres etapas del DIPr que debe recorrer el juez en su análisis cuando la relación jurídica contenga elementos extranjeros. De esas tres etapas, la última es precisamente el método conflictual tradicional.

Así, Carrillo Salcedo plantea la posibilidad de analizar otras normas distintas de las conflictuales. Debido a que esta obra tiene un enfoque pluralista, explicaremos más adelante las normas distintas de las conflictuales que pueden servir de solución a los problemas del tráfico jurídico internacional.

En lo que toca a Werner Goldschmidt, este autor siguió un método abstracto y analítico conforme al cual se enfocan los problemas derivados del tráfico jurídico internacional desde una triple perspectiva:

1. En cuanto estos problemas son una realidad social, implican una serie de cuestiones sociales que deben ser estudiadas (enfoque sociológico).
2. En la medida que tales problemas se encuentran conectados con diferentes sistemas jurídicos, se presenta la necesidad de resolverlos de manera específi-

ca, por lo que se debe determinar la norma aplicable respectiva (enfoque morfológico).

3. Como se trata de problemas que no pueden ser desvinculados de los intereses de los individuos, resulta necesario suministrar soluciones que concilien tales intereses de la mejor manera posible. Para ello es aplicable el concepto de justicia (enfoque axiológico o dielógico).

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

De acuerdo con el profesor argentino, la norma de conflicto tiene una función distinta de la que se le ha atribuido tradicionalmente, pues por lo común se ha dicho que la norma de conflicto es una norma de competencia, por cuanto determina en qué casos y en qué medida debe aplicarse la norma extranjera a una situación concreta. En cambio, para Goldschmidt "la norma de conflicto es una norma de fondo que resuelve éste de manera indirecta, ya que la norma jurídica extranjera proporciona la solución directa al problema".

La idea de Goldschmidt, según la cual la norma de conflicto es una norma de fondo, en la medida que resuelve el problema de manera directa, no toma en consideración la función de la norma de conflicto, ya que cuando ésta opera aún no se sabe qué norma extranjera designará e, incluso, si la designación es posible. La norma de conflicto es una norma instrumental y, por tanto, una norma adjetiva.

En el capítulo siguiente nos adentramos en el análisis del sistema conflictual tradicional.

Autoevaluación

Conteste las preguntas siguientes:

1. ¿Cuál es la diferencia entre las tendencias supranacionalista, internista o territorialista y la autónoma?
2. ¿Por qué consideramos a Federico Carlos de Savigny como el precursor de la tendencia supranacionalista?
3. ¿Cuáles son los aspectos que tienen en común las ideas de John Austin y las de Joseph Story?
4. ¿Cuál es la diferencia entre las tendencias internacionalistas y universalistas?
5. Según Niboyet, ¿cuándo una ley es territorial?

6. ¿Qué diferencias existen entre las ideas de Beale y las de Lorenzen y Cook?
7. Mencione las tres tendencias territorialistas habidas en Latinoamérica.
8. ¿Qué significa para Eduardo Trigueros la potestad normativa de cada Estado?
9. De acuerdo con las ideas de Rabel, ¿cómo debe interpretar el juez las normas de conflicto?
10. ¿Cuáles son los rasgos definatorios de la tendencia autónoma?
11. ¿En qué consiste la "localización objetiva de las relaciones de derecho privado", según Batiffol?
12. Para Carrillo Salcedo, ¿en qué consiste la finalidad de las regulaciones humanas afectadas por la pluralidad y diversidad de ordenamientos jurídicos?
13. ¿En qué consiste la triple perspectiva de análisis que propone Werner Goldschmidt?

7. Problemas planteados por el sistema conflictual tradicional

Al concluir el estudio de este capítulo, el alumno deberá ser capaz de:

- Explicar la estructura y el funcionamiento de las reglas de conflicto.
- Definir en qué consiste el proceso de la calificación.
- Precisar los problemas que eventualmente el juez debe resolver a partir de que ha determinado la ley extranjera aplicable.
- Explicar cuáles son las causas por las cuales, eventualmente, el juez no puede aplicar la ley extranjera designada aplicable.
- Definir los diferentes planos en la aplicación de la ley extranjera.

7.1. Algunos problemas específicos

En el capítulo anterior se examinaron las principales tendencias desarrolladas en el sistema conflictual tradicional y se distinguieron rasgos característicos de dicho sistema. Para terminar con este método, en adelante estudiaremos algunos problemas y soluciones que se han presentado con motivo de su aplicación y funcionamiento. De esta forma, mostraremos cómo el órgano aplicador del derecho, normalmente el juez, utiliza la norma de conflicto y cuáles son las posibilidades que tiene a ese respecto; para ello, veremos también algunas características de la norma de conflicto. En seguida nos referiremos a la calificación, después al reenvío, la cuestión previa y la institución desconocida; luego se analizarán los conceptos de *orden público* y *fraude a la ley* y finalmente se estudiará la aplicación del derecho extranjero. Con base en el esquema desarrollado hasta ahora, trataremos sólo los planteamientos de orden general relativos a este tema; es decir, los principios generales de la teoría de los conflictos de leyes.

Anteriormente concluimos que el método conflictual tradicional es un procedimiento con el que, de manera indirecta, se trata de solucionar un problema derivado del tráfico jurídico internacional o interestatal en el ámbito nacional con la aplicación del derecho que dará la respuesta directa.