

# **COMPARACIÓN ENTRE LAS CARACTERÍSTICAS ANTIGUAS Y MODERNAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

*Walter Frisch Philipp*

*Sumario: I. Observación preliminar; II. La premisa menor; III. La premisa mayor; IV. La conclusión; V. La comparación.*

## **I. OBSERVACIÓN PRELIMINAR**

El objeto de este discurso, la comparación entre el nuevo y el antiguo Derecho Internacional Privado, tiene un motivo real y no se reduce a meditaciones teóricas. Esta realidad consiste en la creación de nuevas reglamentaciones en esta materia, en la República mexicana y en el extranjero, por medio de las cuales este Derecho obtiene en nuestros días un volumen y carácter muy distinto en comparación con sus características anteriores. En esta época pasada se encontraron únicamente unos pocos artículos conflictuales en la parte preliminar de Códigos Civiles, con un contenido no sustanciado e insuficiente en su alcance.

El desarrollo legislativo mencionado descansa, indudablemente, en las actividades preparativas de la doctrina y de la práctica judicial que precedieron a estas innovaciones en los ordenamientos legales inspiradas en dichas fuentes.

Para demostrar los rasgos característicos del nuevo Derecho Internacional Privado no nos serviremos de datos y descripciones históricas, sino buscaremos el núcleo en el funcionamiento de las normas conflictuales para presentar el manejo de las mismas.

Según nuestro concepto, el contenido del Derecho Internacional Privado se limita a las normas conflictuales, y no incluye el Derecho de extranjería que es sustancialmente distinto de dichas normas. El Derecho últimamente mencionado deberá atribuirse a las materias sustantivas correspondientes, como el Derecho migratorio al Derecho administrativo.

Esta diferenciación obtiene también para la enseñanza siempre más importancia, dado que de lo contrario el alumnado se afectaría en la posibilidad de entrar en el creciente nuevo campo del Derecho conflictual y quedaría siempre más atrás del vehemente desarrollo del Derecho Internacional Privado.

La función del Derecho Internacional Privado se demuestra en el siguiente silogismo normativo tomado de la sistematización general de la **Teoría Pura** de Kelsen, página 196 y siguientes. Con base en éste, partimos del objeto de remisión, por ejemplo, un tema de sucesión y a través de un punto de contacto, por ejemplo la nacionalidad del autor de la herencia, y el puente de remisión, por ejemplo el Derecho vigente en el país de tal nacionalidad, para aterrizar en el orden jurídico de tal país.

Este silogismo se estructura, como sigue: Ligadas por la remisión

Premisa menor Los supuestos existentes: en las circunstancias del caso	Premisa mayor existente en la ley ( <i>lex fori</i> ):	Conclusión Para la solución del caso conflictual:
1. <i>Objeto</i> (conceptos legales) de <i>remisión</i> , por ejemplo los derechos patrimoniales de la viuda sobreviviente con base en la muerte de su marido alemán.	1. La <i>determinación</i> del punto de contacto, por ejemplo la nacionalidad del autor de la herencia.	1. Se aplicará el Derecho por deducido del punto del contacto, ejemplo el alemán.

<p>2. La <i>calificación</i> de este objeto para el efecto de la remisión se hace según la <b><i>lex fori</i></b>, por ejemplo, el Derecho sucesorio, o con base en otras leyes, por ejemplo, las aplicables al fondo del asunto, es decir, sus efectos, la <b><i>lex causae</i></b>, o según indicaciones especiales, en Convenciones.</p>	<p>2. La calificación del punto de contacto se efectuará según el orden jurídico remitente, por ejemplo, el concepto legal de domicilio, o con base en otras leyes, por ejemplo la nacionalidad de conformidad con las leyes del Estado de cuya nacionalidad se trate, o según indicaciones especiales en Convenciones.</p>	<p>2. Esta aplicación debe hacerse según la ubicación en el ordenamiento legal remitido, como se desprenda de la sistematización en la ley sustantiva remitida aunque sea tal sistematización distinta de la prevista en la <b><i>lex fori</i></b>.</p>
		<p>3. Para el caso de reenvío previsto en el orden remitido, se aplicarán los puntos de contacto establecidos en el último orden.</p>

## II. LA PREMISA MENOR

Si se estudia la validez de un testamento otorgado en el territorio de la vigencia del *propio* Código Civil, se considera el cumplimiento con los requisitos de forma del caso *exclusivamente* a la luz de las disposiciones del *mismo* Código referentes a los requisitos de tal validez.

Pero, en el caso de que el acto se haya efectuado fuera del territorio mencionado, para la consideración aludida se necesitan *dos* Códigos Civiles, es decir, aparte del propio además aquél vigente en el lugar extranjero del acto al cual remite el primero para la resolución del caso (por ejemplo, arts. 13, fracción IV, y 1593 Cód. Civ. D.F.).

Para esta aplicación de los dos Códigos se presenta el supuesto preliminar de que el *concepto legal* «requisitos para el otorgamiento de un testamento válido», exista en principio en ambos ordenamientos sin perjuicio de que el *contenido* de tales requisitos pueda ser distinto en estos Códigos.

De lo anterior resulta que en la aplicación del Derecho Internacional Privado se efectúe, como primer paso, una consideración de los hechos del caso con base en la propia ley, la *lex fori*, para obtener así el *concepto legal* que será objeto de la remisión, que se establezca en la *lex fori*, a la ley extranjera y, como segundo paso, la búsqueda y determinación de tal concepto legal en la última ley y su aplicación sustantiva. El concepto legal mencionado se relaciona así con el *orden jurídico remitente y con el remitido*. En esta forma se distingue la función del Derecho Internacional Privado de la limitada al Derecho nacional, en cuyo marco existe solamente una relación de los hechos con las normas sustantivas nacionales.

La consideración de los hechos del caso para atribuirlos a un concepto legal adecuado, con el fin de que ellos entren al carril correcto de la remisión correspondiente al mismo concepto, tiene el término de *calificación*. Ésta incluye sólo la consideración basada en la propia ley, mientras aquella según la ley remitida ya es consecuencia de la remisión.

En la práctica la calificación causa dificultades por la heterogeneidad de las normas sustantivas nacionales en los diversos países; por ejemplo, la prescripción de créditos cambiarios se califica en el Derecho angloamericano, al cual se remita en un caso como perteneciente al Derecho procesal y en nuestro Derecho como parte del sustantivo<sup>1</sup>; o, como otro ejemplo, la existencia de cierta figura de adopción en el Derecho extranjero remitido, que no tenemos en el nuestro remitente<sup>2</sup>; o la divergencia entre la calificación austríaca de los hechos del mismo caso, según el Derecho sucesorio, por una parte, y la calificación californiana de conformidad con el Derecho patrimonial entre cónyuges, por la otra<sup>3</sup>; o por último, la cuestión de calificar cierto fideicomiso en el aspecto del Derecho Internacional Privado

---

<sup>1</sup> Kegal, *Internationales Privatrecht*, p.87.

<sup>2</sup> Kegel, *op.cit.*, p.199 y Andrade Alarcón, *Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción*.

<sup>3</sup> Schwind, *Internationales Privatrecht*, p.75.

como declaración de última voluntad o testamento, por una parte, y su sistematización en el Derecho sustantivo del mismo país como operación de crédito por la otra, que surte el efecto de que solamente en el primer caso puede existir el derecho al pago de alimentos por el carácter inoficioso de un testamento (arts. 1638 y siguientes. Cod. Civ. D.F.).

En todas estas situaciones, se manifiesta la dificultad o tensión que se origina por el hecho de que el Derecho Privado tiene en lo general carácter de Derecho Internacional Privado y en su reglamentación nacional tiene la tarea de obtener soluciones de casos de alcance internacional.

En el modo de encontrar tales soluciones se muestran las características del Derecho Internacional Privado en su aspecto moderno, como sigue:

En primer lugar, deberá independizarse el interpretador de la ubicación o sistematización del concepto legal del caso en estudio, en determinada parte en su Código sustantivo remitente y en el remitido, para que las diferencias en tales sistematizaciones no obstaculicen el funcionamiento remisorio. Lo que es importante son los elementos esenciales de los hechos del caso, y no su sistematización legal, dado que solamente los primeros pueden aplicarse como objeto de misión. Por tal motivo, hablamos más arriba en la columna de la promesa menor de los «derechos patrimoniales de la viuda sobreviviente con base en la muerte de su marido» en forma más general, y nos abstuvimos de referencias o especificaciones en relación con el Derecho sucesorio o con aquél del régimen patrimonial entre cónyuges.

Por medio de esta concepción sustancial mantenemos el efecto de remisión también en los casos en los cuales nuestro Derecho Internacional *Privado* conduce en su remisión al Derecho *Público* en el orden jurídico extranjero, por ejemplo, en cuanto a la prescripción ya referida que, según las leyes angloamericanas, se atribuye al Derecho procesal que pertenece al público. Esto se dispone en el art. 13 de la Ley Suiza de la materia, donde se establece:

«La aplicabilidad de una disposición legal extranjera no se excluye por el hecho de que a ella se atribuye un carácter del Derecho Público».

Es necesario también que las normas conflictuales, incluyendo las nacionales, se interpreten y apliquen en un sentido más *amplio* y *funcional* que se dirija más a la sustancia y pueda ser distinto de aquél en normas sustantivas, aunque las últimas tengan carácter nacional en el mismo país del cual se desprendan las disposiciones conflictuales. Con este criterio se resuelven los ejemplos anteriores, de las consideraciones entre fideicomisos y testamentos, y entre el Derecho sucesorio y el Derecho patrimonial entre cónyuges. Es claro que para los efectos nacionales se deberá sistemática e institucionalmente distinguir entre estos conceptos y Derechos. Pero en el Derecho conflictual podrá identificarse un fideicomiso en el cual la fideicomitente se reserva el derecho de disponer sobre el bien fideicomitado, durante su vida, y los fideicomisarios obtienen el derecho a dicho bien, no con anterioridad al fallecimiento de la fideicomitente, por medio de un testamento.

Este modo de pensamiento sustantivo se aplicó también en el ejemplo anterior de equiparación entre los Derechos sucesorio y de régimen patrimonial entre cónyuges, y la Suprema Corte austríaca negó por tal razón la demanda del cónyuge sobreviviente, basada en un carácter inoficioso del testamento, quien recibió cantidades considerables en ocasión de la muerte de su esposa por concepto de su régimen patrimonial como cónyuges, no obstante que en el Derecho nacional sustantivo remitente sobre dicho régimen se distingue entre estos dos sectores legales.

Es necesario para el funcionamiento del Derecho Internacional Privado *adaptar* el contenido de normas conflictuales o de las sustantivas a la situación específica del caso, con el objeto de obtener una solución ponderada del mismo. Así por ejemplo, el caso planteado por Kegel <sup>4</sup>, en el cual un hombre marrueco adquirió con sus tres

---

<sup>4</sup> Kegel, *op.cit.*, p.221.

esposas la nacionalidad española de modo que cada una de ellas tiene por el tiempo a partir de su naturalización derecho a alimentos como esposa, basado en las leyes de España, como se dispone en el Derecho Internacional Privado alemán, se plantea el problema de que según el Derecho español apoyado en el sistema de monogamia, la esposa tiene derecho completo a alimentos, derecho éste que en tal caso conduciría a que necesitaría tres veces el «completo» de alimentos que es una contradicción en sí. Para resolver esta situación se pensó en las posibilidades de haber adoptado el Derecho sustantivo español (en la forma de dividir la cantidad de alimentos) o las disposiciones conflictuales alemanas (subsistencia de la aplicación del Derecho marrueco en lugar de la introducción del español).

En leyes nacionales y en las Convenciones existen –no frecuentemente– disposiciones que nos indican cierto modo de calificación o nos proporcionan, por lo menos, una «salida» al respecto. Así, en el art. 2 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores (D.O. 21 de agosto de 1987), ya mencionado más arriba, se posibilita que cualquier «Estado Parte podrá declarar... que se extiende su aplicación a cualquier otra forma de adopción internacional de menores», que tiene importancia para México que no conoce «la adopción plena» que es objeto de la Convención (art. 1), como destaca Andrade Alarcón en su estudio citado en relación con este Tratado. en el art. 29 de la ley austríaca en la materia conflictual se remite a la *lex rei sitae* de bienes de un autor de herencia tanto en los casos «*de falta de herederos*» como en los que un «Estado o municipio tenga el carácter de heredero legítimo». Por medio de esta remisión *alternativa* se tiende a evitar dificultades en la calificación, dado que en Códigos Civiles se puede establecer la *caducidad* de herencias sin herederos *en favor del Estado*, como un método, o instituir al Estado como *último heredero legal*. en el Código Civil para el D.F. se sirve del segundo método en favor de la Beneficencia Pública (art. 1602, II). El art. 29 sirve para la seguridad jurídica porque extiende expresamente su remisión a los dos métodos.

En la parte inicial de esta sección nos referimos a la *lex fori* como base de la calificación. Esta *lex* tiene aplicación preponderante dado que su aplicación corresponde a la función de la remisión según la cual la ley remitente, la *lex fori*, determina la remisión para la cual la calificación es el supuesto funcional. Pero hay también criterios según los cuales se aplica a la calificación la *lex causae*, según la cual se rigen los efectos del negocio en estudio. Los partidarios de esta opinión tienden a una aplicación de la ley remitida más fiel a su existencia en su propio ordenamiento. Pero, según nuestra opinión, no es importante la sistematización o ubicación del concepto legal en su Código sino el contenido de sus elementos sustanciales que busquemos en el orden remitente y en el remitido de modo que tomamos en consideración las dos leyes.

Por último, en la aplicación de Convenciones, por ejemplo, en la Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de sociedades mercantiles (D.O. 28 de abril de 1983), la calificación de sus conceptos, así en dicha convención aquél de «sociedades mercantiles», se efectúe según indicaciones establecidas en estos instrumentos o deducibles de los mismos. En el caso del citado Tratado pensamos para tal objeto en el estatuto personal de las sociedades, es decir, las leyes vigentes en el lugar de su constitución (art. 2). Conforme a ellas debemos constatar si se trata de un caso en estudio de una «sociedad mercantil» o no.

### **III. LA PREMISA MAYOR**

En las legislaciones conflituales se establece en nuestros días cierta riqueza de los puntos de contacto para ofrecer varias posibilidades a los particulares con el objeto de una solución satisfactoria del caso, si una de tales posibilidades no es aplicable según las circunstancias del mismo. Esto se muestra en el art. 21 de la Ley austríaca, como sigue:

1. Los supuestos para la paternidad legítima y su desconocimiento respectivamente, se rigen según las leyes del estatuto personal

común que los cónyuges hubieren tenido al tiempo del nacimiento del hijo.

2. Si el vínculo matrimonial se hubiere disuelto con anterioridad a dicho nacimiento, se aplicará el estatuto personal común que haya existido en el momento de tal disolución.
3. Si el estatuto personal de los cónyuges no es común sino distinto, se aplicará el Derecho de aquel estatuto que tuviere un contenido más favorable para la constatación de la legitimidad.

De lo anterior resulta también cierta flexibilidad y confort en favor del tráfico jurídico y los intereses de las partes.

Otra meta consiste en encontrar la solución conflictual de la conexión más estrecha con las circunstancias del caso; por ejemplo, el Derecho aplicable a acciones que se promuevan para obtener la reparación de daños que se originen por actos ilícitos, ya no se somete en forma rígida y lejos de las circunstancias del caso a las leyes vigentes en el lugar de la causación del daño, sino se rige si se trata de asuntos de competencia desleal según las leyes vigentes en el *lugar* en el cual se surtan los *efectos dañosos* de los mismos actos desleales. El lugar de la comisión del acto ilícito pierde su función como punto de contacto también en los casos en los cuales existan otros puntos de contacto en determinado caso con la liga más cercana entre los participantes en tal acto, como la nacionalidad o el domicilio común de los sujetos activo y pasivo. Así por ejemplo, un choque automovilístico entre dos conductores alemanes en España donde ellos se encuentren como puros transeúntes vacacionistas (arts. 133 y 136 de la Ley Suiza).

Las antiguas normas conflictuales tuvieron solamente puntos de contacto en forma unilateral con el propio orden jurídico, como el anterior art. 13 del Cod. Civ. D.F. que se limitó a los efectos de actos jurídicos celebrados en el extranjero que se ejecuten en la República, en tanto que el vigente art. 13, determina en su fracción V multilateralmente que los efectos de actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse.

El radio de acción se amplía así infinitamente en comparación con la situación anterior en la cual se contentó con la delimitación de la aplicabilidad del propio orden jurídico. Ahora tenemos en lugar de este tipo unilateral de normas que en vigor no fueran verdaderamente remisorias, verdaderas disposiciones conflictuales que cumplen con su tarea remisoria.

Se aumenta en nuestros días el número de Tratados internacionales en la materia conflictual, por medio de los cuales se unifican entre los Estados miembros los puntos de contacto no obstante que su Derecho sustantivo subsista con contenido distinto.

Pero se evitan así los llamados «negocios claudicantes» que se originen con motivo de heterogeneidad de puntos y de contacto existentes en los diversos órdenes jurídicos nacionales y se obtienen resoluciones judiciales llamadas «efectivas», es decir, no incompatibles con las disposiciones vigentes en uno de los países, con lo cual se cumple con el principio de la armonía internacional entre sentencias que se pronuncien en varios países en relación en el mismo asunto.

### **3.1 La Calificación**

Mencionada en la síntesis en relación con la premisa mayor, es necesaria, si se trata de puntos de contacto *legalmente* definidos, por ejemplo, el domicilio.

## **IV. LA CONCLUSIÓN**

La conclusión mencionada en la síntesis anterior como efecto de la remisión, requiere en la práctica la aplicación de ciertos criterios que se formen por el interpretador o en textos legales modernos, como por ejemplo, en la legislación conflictual de Nuevo León (Periódico Oficial de 2 de agosto de 1991), si se trata de países del sistema federal, sea que sus órdenes jurídicos locales funcionen en un caso como remitente o remitido, respectivamente.

Para mostrar este orden de ideas reproducimos la parte correspondiente del art. 21 bis VIII del Código Civil de Nuevo León, como sigue:

«Si en una remisión o reenvío se determina el Derecho de un Estado extranjero con dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos órdenes jurídicos parciales, como en una Federación los Códigos locales, sin que en esta determinación conflictual se señale concretamente la unidad correspondiente, se elegirá ésta conforme al sentido y la finalidad de tal determinación conflictual o según la reglamentación interlocal del país extranjero, pero siempre con observancia del principio de la relación más estrecha.

»Si se remite al Derecho mexicano sin que se exprese en la remisión la entidad federativa mexicana cuyas leyes deben ser aplicadas, la determinación de las últimas se efectuará de conformidad conducente con los otros medios establecidos en la parte final del párrafo anterior, entrando, sin embargo, en lugar de la reglamentación interlocal extranjera la mexicana y en el lugar de la determinación conflictual mexicana la extranjera».

La formación de tales criterios es necesaria en la práctica debido a que las remisiones legales se refieren frecuentemente a «las leyes del país...», sin distinguir entre sus entidades federativas cuya determinación compete así al interpretador o al legislador.

## V. LA COMPARACIÓN

En el Derecho conflictual antiguo se establecieron reglas remisorias rígidas que correspondieron a gabinetes teóricos sin contacto con el funcionamiento de nuestra vida real.

En el siglo pasado [siglo XIX] comenzó en la doctrina la concentración y búsqueda referentes al centro de gravedad de las circunstancias de un caso en estudio.

Pero en el ritmo siempre más tardado de las legislaciones, este principio obtuvo no antes sino en los últimos años su dominio, para el cual las leyes de Suiza y Austria son impresionantes representantes.