

Unidad 4

- Aplicación de la norma conflictual

“Una vez calificado el hecho sometido a proceso, el tribunal utilizará la norma conflictual, prevista en su legislación que sea acorde con la naturaleza del litigio, a fin de determinar el derecho sustantivo aplicable y con él poder resolver la controversia..”

CONVERGENCIAS DE LAS NORMAS JURÍDICAS

Definición

El estudio y solución de los conflictos de leyes es el objeto central de esta asignatura. Surge cuando en una controversia específica existen elementos que la vinculan con dos o mas normas jurídicas, sin importar su contenido es acorde o está en evidente contradicción.

Por lo anterior, discutimos la denominación conflicto de leyes, puesto que no se trata de un conflicto estrictamente hablando, toda vez que la palabra significa “lucha, antagonismo, conflagración...” Hay que tener en cuenta que una norma jurídica es vigente cuando el poder público de un Estado la declara obligatoria para la totalidad o parte de su territorio en una época y espacio determinados. Este ámbito original de validez tiene excepciones en cuanto a tiempo y lugar.

a) TIEMPO.- Es posible que una nueva disposición se aplique en sustitución de otra y, en ocasiones, tenga vigencia para actos realizados previa a su entrada en vigor. Al estudio de este problema se le denomina “conflictos móviles”, “conflictos de leyes en el tiempo” o “derecho transitorio”.

b) ESPACIO.- Es posible que una situación concreta tenga puntos de conexión con legislaciones de diversos Estados, por lo que nace la duda acerca de cuál de éstas se debe aplicar para dirimir la controversia. Al estudio y solución de estos problemas se le conoce como “conflictos de leyes en el espacio” y aunque consideramos inconveniente la expresión, se sigue usando debido a la fuerza de la tradición.

La mayoría de las naciones aceptan ciertas circunstancias y por razones de justicia y equidad, que una norma jurídica se aplique fuera de su territorio de emisión y en donde tiene su campo espacial de validez original. Debe quedar claro que lo anterior sólo es posible cuando el poder público del lugar permite utilizar la norma jurídica extraña. Al derecho internacional privado le interesa el estudio de los casos y circunstancias bajo las cuales es posible o no autorizar la aplicación extraterritorial de la norma.

Clases

Los conflictos de leyes en el espacio pueden ser:

1. Sencillos.- cuando hay un solo aspecto de la situación jurídica a la que hay que determinar el derecho de fondo aplicable;
2. Complejos.- cuando son varios los aspectos de una controversia que requieren la elección de normas jurídicas aplicables;
3. Internacionales.- surgen cuando en la situación jurídica concreta convergen leyes de diversos Estados soberanos.

La solución de estos conflictos es compleja debido a que no existe ninguna autoridad superior a la de cada uno de los Estados, que esté facultada para elegir la norma jurídica aplicable y asegurar una solución uniforme a los conflictos, no importando que órgano jurisdiccional esté conociendo y resolviendo vinculativamente para las partes la controversia sometida a proceso.

El derecho internacional privado se encarga de establecer normas y principios para elegir el derecho de foro aplicable en estos casos de convergencia de normas jurídicas. Sin embargo, cada Estado debido a su soberanía aplica el criterio que considera más conveniente, por lo que es necesario, a fin de unificarlos, que se celebre tratados internacionales en la materia, como a últimas fechas se ha venido realizando;

4. Nacionales.- Nacen dentro de un mismo Estado soberano, cuando la legislación interna no se aplica en todo el territorio, sino solo en una parte, como es el caso de los sistemas federales en el que cada entidad federativa puede legislar en forma autónoma en gran cantidad de materias, pudiendo existir en sus disposiciones diferencias e incluso contradicciones.

Elementos

Los conflictos de leyes suponen la existencia de los siguientes elementos:

- a) Una situación concreta que deba regularse jurídicamente;
- b) Circunstancias de hecho o derecho que puedan derivar la aplicación de normas de diversas entidades o Estados soberanos. A las situaciones que ligan a la controversia con un sistema jurídico determinado, se les llama puntos de conexión o de contacto; y
- c) Normas jurídicas de diversas entidades o naciones que contemplen o se abstengan de regular jurídicamente la situación concreta.

Carácter de sus normas

Debido a su soberanía, cada Estado tiene su propio sistema de derecho internacional privado, por lo tanto, su carácter es nacionalista o territorialista, ya que se aplica en el país para el cual fue creado. Sin embargo, sus normas tienen carácter internacional cuando son contenidas en tratados.

Norma conflictual.

Las normas de derecho internacional privado son principalmente de carácter formal, limitándose a elegir la norma jurídica aplicable para regular de fondo una situación jurídica concreta, cuando convergen disposiciones diversas. A estas normas, que son las típicas de la materia, se les conoce como normas conflictuales, normas de aplicación, normas de conflicto, normas de conexión, reglas preliminares, etc.

La norma de conflicto elige a la de orden sustantivo, la cual rige la conducta humana, ya sea para constituir el acto, regular sus efectos o ambas.

A últimas fechas se han desarrollado normas que se han alejado de los cánones tradicionales, tal es el caso de las normas materiales o las de aplicación inmediata, y que tienen la finalidad de resolver de fondo y en forma específica la controversia en la que convergen normas de diversos Estados, sin recurrir a la utilización de las normas conflictuales.

Sistema para la solución de los conflictos

Consideramos que a la fecha existen dos grandes sistemas:

Primero. Agrupa aquellas normas tradicionales de solución de los conflictos de leyes. Se divide en tres sectores:

1. Nacionalista o de territorialidad absoluta. Indica que las normas jurídicas están diseñadas para ser aplicadas exclusivamente en el territorio para el que fueron creadas y que fuera de él no tienen ninguna validez, por lo que niega la aplicación de las leyes extranjeras.

2. Supranacionalista o de extraterritorialidad. Sostiene que bajo ciertas circunstancias las leyes pueden tener vigencia fuera del territorio de donde emanaron, o aplicarse para situaciones realizadas fuera del foro, por razones de justicia y equidad, siempre que la legislación interna expresamente lo autorice. De lo anterior se desprende que la extraterritorialidad puede ser de dos tipos:

- Pasiva. Que consiste en que las jurisdicciones locales apliquen leyes extrañas al foro; y
- Activa. Que consiste en aplicar la ley vigente en el lugar donde se encuentra el juez que está dirimiendo la controversia, para situaciones realizadas fuera del foro.

Generalmente los estados consideran que se deben aplicar extraterritorialmente las leyes relativas al conocido como estatuto personal, integrado por disposiciones atinentes al estado civil y capacidad de las personas.

3. Ecléctico. Es una combinación de los anteriores. Cabe indicar, desde ahora, que éste criterio lo sigue actualmente nuestro país en materia civil, ya que en principio rige la territorialidad, pero para ciertos casos se permite la vigencia extraterritorial de las normas jurídicas.

Segundo. Que conocemos como sistema moderno, que agrupa los métodos recientes de solución. Se divide en tres sectores: de derecho uniforme o convencional, de normas autolimitantes, de aplicación necesaria o de aplicación inmediata y de normas materiales.

1. Derecho Uniforme o convencional. Las normas de derecho internacional privado son de carácter nacional, por lo que cada país tiene su propio sistema de solución de conflicto de leyes. Sin embargo, en un tratado internacional se pueden establecer normas para solucionar las controversias que interesan a la materia. Este sector propugna por el desarrollo de los tratados para unificar los criterios de solución en los conflictos de leyes.

2. De normas autolimitantes, de aplicación necesaria o de aplicación inmediata. Con su uso se pretende eliminar en una relación jurídica los

elementos de tipo internacional. Estas normas no permiten considerar ningún elemento extranjero, debido a que su función se encuentra íntimamente vinculada con el interés colectivo, para salvaguardar la organización política, social y económica de un país. Ejemplo en México, el art. 8º de la Ley Monetaria, que dice que:

Las obligaciones de pago en moneda extranjera contraídas dentro o fuera de la República, para ser cumplidas en ésta, se solventarán entregando el equivalente en moneda nacional al tipo de cambio que rija en el lugar y fecha en que se haga el pago.

3. De normas materiales. Crean un sistema de normas sustantivas específicas para la solución de las controversias en las que existen elementos que la vinculan con diversas legislaciones.

Se desvía de la postura tradicional consistente en crear normas conflictuales que determinen la aplicación de una u otra norma, ya que de manera directa y de fondo solucionan la controversia, quizá con criterios diversos a los utilizados en la solución de casos con elementos puramente nacionales.

APLICACIÓN DE LA NORMA CONFLICTUAL

Introducción

Es necesario tomar en cuenta, cuando se presenta una situación jurídica en la que existen puntos de conexión o de contacto con diversas legislaciones, que:

- a) Hay que determinar, primeramente, qué juez es el competente para que conozca la controversia y la resuelva vinculativamente para las partes;
- b) Al tribunal que conoce del asunto le compete resolver los conflictos de leyes que se presenten, o sea, determinar el derecho que va aplicar para dirimir el fondo de la controversia, para lo cual deberá utilizar las normas de conflicto del foro. Es importante destacar que esta labor es de escritorio y que el juez nunca envía el expediente a las autoridades de otro Estado, ya que la idea contraria es un error frecuente para la comprensión de esta parte de la materia; y
- c) Para poder aplicar las normas conflictuales y determinar el derecho de fondo aplicable, el juez tiene que seguir los lineamientos que a continuación se señalan.

Calificación

Es una actividad que realiza el órgano jurisdiccional para determinar en que institución jurídica encuadra la situación concreta sometida a proceso. Por ejemplo, si la controversia se refiere a cuestiones de forma de los actos, capacidad, estado civil, efectos de los actos jurídicos, etcétera.

Ésta es una condición necesaria para determinar la norma conflictual aplicable, toda vez que las mismas, al igual que las otras creadas por el legislador,

no se refieren a situaciones particulares, sino que como todas las leyes de los sistemas romanistas derivan de la generalidad y el carácter abstracto de sus disposiciones. Todo conflicto de leyes presupone una calificación previa.

Cuando se permite la extraterritorialidad de la norma, al lado del conflicto de leyes puede surgir un conflicto de calificación, que se origina cuando el hecho o acto jurídico se ubica en una institución jurídica diferente en los diversos ordenamientos con los que la controversia tiene puntos de contacto. Antes de entrar a resolver el conflicto de leyes hay que solucionar el de calificación. ¿Cómo se resuelven los conflictos de calificación? Las opiniones doctrinales son diversas y contradictorias, pero existen tres principales:

a) La de **lex fori**. Que considera que se debe calificar el hecho conforme a la ley del juez que conoce del asunto. De conformidad con Pereznieto Castro se critica porque:

- Se le otorga un predominio excesivo al derecho interno, siendo que se trata de un derecho elaborado con objeto de regir situaciones de carácter interno y en ese tipo de situaciones se encuentran involucrados elementos extranjeros; y
- Calificar de ésta forma puede prestarse a que el juez nacional, al utilizar únicamente sus conceptos o categorías en relaciones que desbordan el derecho interno, pueda deformarlas mediante una interpretación restringida.

Asimismo, es inoperante cuando la institución no existe en el derecho del juez del foro (institución desconocida).

- b) La de la **lex causae**. Que sostienen que si el juez para dirimir la controversia va a utilizar la ley extraña, debe calificar en base a ese derecho. Me adhiero a la crítica realizada por Jean Paul Niboyet en el sentido de que no es posible determinar el derecho aplicable al fondo, si todavía no utilizamos la norma conflictual que puede permitir o no la aplicación de una legislación extraforo.
- c) Método comparativo (*dritte schule*). Propone que a la norma de conflicto se le provea de elementos con los cuales se analicen los conceptos de carácter sustantivo de una manera amplia, desligándolos en su contenido de la rigidez que les marca el derecho interno, logrando con ello calificar situaciones con elementos extraños. Ejemplo: en lugar de que la norma conflictual hable de testamento, referirse a “disposiciones de última voluntad” y en consecuencia, se abarca a todos estos actos no importando su denominación específica ni los requisitos que se exijan.

Pereznieto Castro indica que:

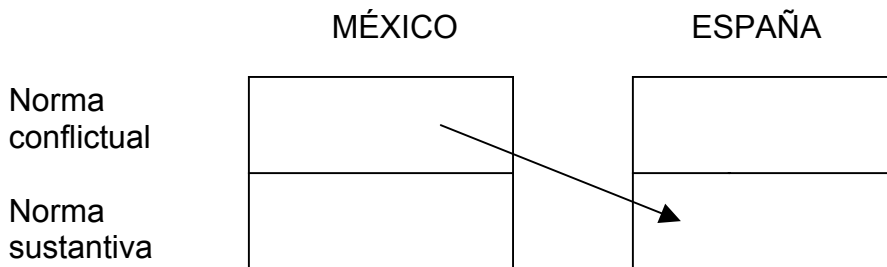
Ésta desvinculación del derecho interno por parte de las nociones, implica a su vez la creación de categorías propias e independientes que sólo podrán ser logradas con base en el derecho comparado.

Remisión y reenvío

Una vez calificado el hecho sometido a proceso, el tribunal utilizará la norma conflictual, prevista en su legislación que sea acorde con la naturaleza del litigio, a fin de determinar el derecho sustantivo aplicable y con él poder resolver la controversia.

Puede darse el caso de que la norma conflictual le ordene al juez usar el derecho de foro, pero cuando le permite utilizar uno ajeno, surge la siguiente pregunta: ¿se referirá únicamente a sus normas sustantivas o también se incluye a las de conflicto?. Dependiendo el criterio que se adopte, puede surgir las siguientes situaciones:

1. Si la legislación del juez del foro indica, expresamente, que se aplique el derecho sustantivo extraño, únicamente se utilizará éste (remisión simple), por ejemplo:



Controversia: Mexicano que contrajo matrimonio en Sevilla, España, con española y que establecieron su domicilio conyugal en México, DF. Uno de los cónyuges pretende demandar al otro la nulidad del matrimonio, en virtud de que no se cumplieron las formalidades que exige la legislación española para su celebración.

El Tribunal al que se le planteó el asunto es el Juez de lo familiar en turno en México, DF., basándose en que en el artículo 146, fracción XI del Código de Procedimientos Civiles para el DF, señala:

Artículo 156 Es juez competente..... XI para decidir las diferencias conyugales y los juicios de nulidad del matrimonio, lo es el del domicilio conyugal.

Clasificación hecha por el juez: El matrimonio forma parte del estado civil de las personas y en el caso se discute la forma del acto.

Son Normas conflictuales aplicables: el artículo 13 fracción IV y 14 fracción I, del Código Civil para el DF que señalan:

Artículo 13 La determinación del derecho aplicables se hará conforme a las siguientes reglas..... IV La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren.....

Artículo 14 En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente.... I

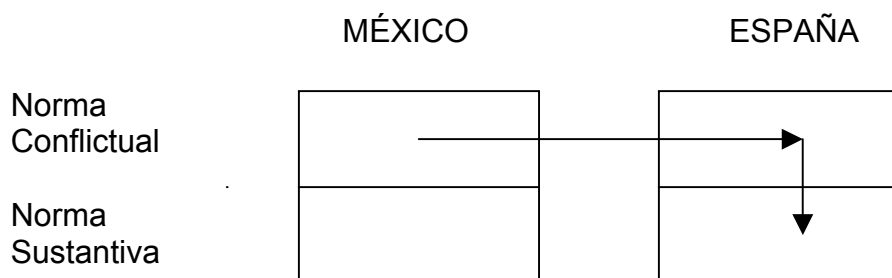
Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas mexicanas o de un tercer Estado.

Consecuencias derivadas de utilizar la norma conflictual . Si el Juez considera que no existen circunstancias especiales, aplicará el derecho sustantivo de Sevilla, España, para determinar si en la celebración del matrimonio se observaron las formalidades que indica esa ley.

Derecho aplicable. El vigente en Sevilla, España.

2. Si la legislación del juez que conoce de la controversia es omisa o así lo indica, se deberá incluir a las normas de conflicto de derecho extraño, toda vez que son parte del mismo. De aquí se deriva alguna de las siguientes dos situaciones:

Remisión. Surge cuando la norma conflictual del juez del foro permite utilizar un derecho extraño en su conjunto (influyendo normas de conflicto y sustanciales) y la norma conflictual de esa legislación, por ser idéntica, semejante o acorde a la nacional, coincide en que se aplique su derecho sustantivo, por ejemplo:



Controversia.- Españoles que están domiciliados en Asturias, España y que celebran un contrato de arrendamiento en México, DF, para una de sus empresas respecto de un inmueble que se encuentra ubicado en este último territorio.

Posteriormente, uno quiere demandar la nulidad de la operación en virtud de que el otro es incapaz, de acuerdo con las leyes españolas. El Tribunal al que se le planteó la controversia es el Juez del arrendamiento inmobiliario en turno en México DF, basándose en que el artículo 156, fracción III del Código de Procedimientos Civiles para el DF, señala:

Artículo 156 Es Juez competente..... III. El de la ubicación de la cosa, si se ejercita una acción real sobre bienes inmuebles. Lo mismo se observará respecto a las cuestiones derivadas del contrato de arrendamiento de inmuebles.

Calificación hecha por el juez.- El contrato de arrendamiento implica el ejercicio de derechos personales y en el caso, se discuten cuestiones de capacidad de los contratantes.

NORMAS CONFLICTUALES DE LA LEY DEL FORO APLICABLES.-
Artículo 13, fracción II y artículo 14 fracción II, que dice:

Artículo 13 La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas.... II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio.

Artículo 14 En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente..... II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado.

Consecuencias derivadas de la aplicación de la norma conflictual. Si el Juez considera que existen circunstancias especiales podrá ordenar la aplicación de la norma conflictual española.

En caso de que proceda, la norma conflictual española contenida en su Código Civil señala que el estado y capacidad de las personas se rige por su ley nacional, por lo que ésta permite la utilización de su derecho sustantivo.

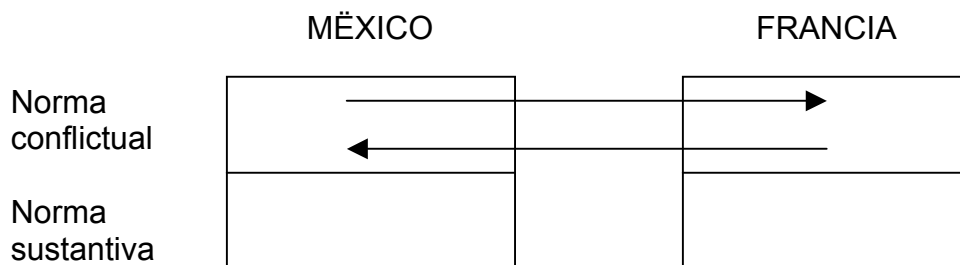
Derecho aplicable.- El vigente en Asturias, España.

Reenvió

La jurisprudencia francesa fue la primera en desarrollar esta noción y surge cuando la norma conflictual del juez del foro permite la aplicación en su conjunto de un derecho extraño y la norma de conflicto de esa legislación, por no ser idéntica a la del Juez, no prevé la utilización de su derecho sustantivo, sino el de otro Estado. Aquí existe un verdadero choque o conflicto entre las normas de elección de un Estado y las del otro. De lo anterior se derivan dos modalidades:

1.Reenvió simple o en primer grado.

Surge cuando la norma conflictual extraña remite al derecho del foro. Sin embargo, si remite a la legislación en su conjunto, al aplicar de nueva cuenta las normas conflictuales se cae en un círculo sin salida. Por lo anterior algunas legislaciones señalan que para este caso, se utilizará únicamente el derecho sustantivo.



Controversia.- Mexicano, que estando domiciliado en París realiza su último testamento en México, DF, 5 años antes de su fallecimiento y en el mismo, nombra como única, universal heredera y albacea de todos sus bienes presentes y

futuros a una mexicana. Posteriormente, el último año de vida, establece su domicilio en la República.

La esposa del de cujus, de nacionalidad italiana, al radicarse su juicio sucesorio pretende demandar la nulidad del testamento, afirmando que al momento de elaborarlo estaba incapacitado, por lo que en consecuencia, es procedente que se abra su sucesión legítima.

Tribunal al que se le planteó la controversia.- Juez de lo familiar en turno en el DF, basándose en el artículo 156, fracciones V y VI del Código de Procedimientos Civiles para el DF que indica:

Artículo 156 Es Juez competente..... V En los juicios hereditarios, el juez en cuya jurisdicción haya tenido su último domicilio el actor de la herencia..... VI Aquel en cuyo territorio radica un juicio sucesorio para conocer..... b) De las acciones contra la sucesión antes de la partición y adjudicación de bienes.

Calificación hecha por el juez.- La controversia versa sobre la capacidad de las personas físicas.

Normas conflictuales de la ley del foro aplicables.- Artículo 13, fracción II y 14, fracción II del Código Civil para el DF. Estas disposiciones ya han sido transcritas en el ejemplo anterior.

Consecuencias derivadas de la aplicación de la norma conflictual.- En este caso, cuando el mexicano realizó el testamento estaba domiciliado en París, por lo que en principio, su capacidad para realizar el acto se rige por la legislación francesa, pero si el Juez considera que existen circunstancias especiales (debido a que el de cujus es mexicano, tuvo su último domicilio en México, sus bienes están en el país, etc.), podría, como caso excepcional, utilizar la norma conflictual francesa, que indica que la capacidad de las personas se rinde por su ley nacional, es decir, la mexicana, por lo que el tribunal tendría que resolver el asunto en base a nuestro derecho, toda vez que el artículo 14 fracción II del Código Civil para el DF, señala que cuando se apliquen excepcionalmente las normas conflictuales del derecho extranjero, deberán hacer aplicables a las normas sustantivas mexicanas (que es el caso), o a las de un tercer Estado.

Derecho aplicable.- El vigente en México DF.

2. Reenvió en grados.-

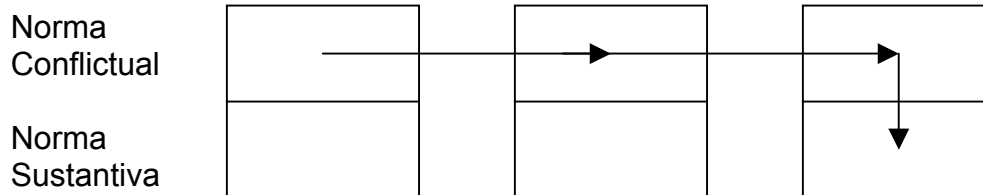
Si la norma conflictual extraña no permite que se aplique su derecho sustantivo, sino la legislación de un tercer Estado (que no sea el de foro) se origina el reenvío en segundo grado. Si la norma de conflicto de esa tercera legislación, tampoco autoriza que se apliquen sus normas jurídicas sustantivas, e indica que se analice las de un cuarto Estado, se produce un reenvío en tercer grado y así sucesivamente.

Ejemplo:

MÉXICO

ESPAÑA

ALEMANIA



Controversia.- Persona de nacionalidad francesa, domiciliado en Alemania que celebra un contrato de compraventa con un mexicano residente en México, respecto de una maquinaria procedente de Suiza, comprometiéndose el vendedor francés a entregar la mercancía en México, DF, contra el pago del precio. El comprador mexicano pretende demandar la nulidad del contrato, cuando se da cuenta que el vendedor es incapaz conforme a las leyes de México, DF.

Tribunal al que se le planteo la controversia.- Juez de lo civil en turno en México, DF, basándose en el artículo 156, fracción II del Código de Procedimientos Civiles para el DF que indica:

Artículo 156

Es Juez competente..... II El del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación. Tanto en este caso como en el anterior, surte el fuero no sólo para la ejecución o cumplimiento del contrato, sino para la rescisión o nulidad.....

En este caso, si los jueces de Alemania o Francia lo consideran permite podrían también asumir competencia lo cual originaria un conflicto o convergencia de jurisdicciones, cuya solución se vera con posterioridad.

Calificación hecha por el juez.- La controversia versa sobre la capacidad de las personas físicas.

Normas conflictuales de la ley del foro aplicables.- Artículo 13, fracciones II y 14, fracciones II del Código Civil para el DF. Estas disposiciones ya han sido transcritas en el ejemplo anterior.

Consecuencias derivadas de la aplicación de la norma conflictual.- El artículo 13, fracción II del Código Civil establece que la capacidad de las personas físicas se rige por la ley del domicilio y en el presente caso el vendedor está domiciliado en Alemania, por lo que la ley mexicana permite al Juez que analice la legislación de aquel país. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 14, fracción II del Código Civil, si el Juez considera que existen circunstancias especiales en el caso, ordenará se aplique la norma conflictual alemana, que indica que la capacidad de las personas se rige por su ley nacional, por lo que permite a la legislación francesa. En consecuencia, el Juez mexicano deberá revisar este ordenamiento. La ley conflictual francesa también señala que la capacidad de las personas se rige por la ley de su nacionalidad y por lo tanto, el

tribunal mexicano que conoce del asunto tendrá que utilizar el derecho sustantivo francés, ya que el artículo 14, fracción II del Código Civil indica que cuando excepcionalmente se permite aplicar la norma conflictual del derecho extranjero, ésta debe ser aplicable a las normas conflictuales mexicanas o de un tercer país, lo cual sucede en la hipótesis.

Derecho aplicable.- El vigente en Francia.

El reenvío es escaso, pero su aceptación es adecuada para lograr un fallo más justo. Sin embargo, no debe ser aplicado indiscriminadamente, debido a que crea serios problemas para lograr una expedita administración de justicia, por lo que es necesario restringir su uso.

Algunas legislaciones lo rechazan y otras, por reglas general, lo limitan al segundo, como Austria, Bélgica, Francia, Inglaterra, Israel y Polonia. En México, el artículo 14, fracción II del Código Civil para el DF se refiere al reenvía sólo el derecho sustantivo, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado. De lo anterior se desprende que:

a) Se trata de evitar el reenvío, por lo que se remite únicamente a las normas sustantivas o materiales; y

b) El Juez analizando las circunstancias de cada caso y cuando estime que lo amerita, aplicará la norma conflictual extranjera, que podrá reenviar la solución del asunto a la norma jurídica de otro Estado, pero limitándolo al reenvío simple y en segundo grado.

El sistema es adecuado, toda vez que facilita el desarrollo jurisprudencial, al facultar al Juez para determinar en qué casos es necesario aplicar la norma conflictual extraña, ya que es inadecuado que una norma legislativa abstracta e impersonal los prevea. Asimismo, el derogado artículo 3 fracción IV de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo previa la figura del reenvío, al establecer que "Si de acuerdo con las leyes del Estado extranjero, declaradas competentes por las leyes nacionales hay lugar para aplicar las leyes mexicanas, serán éstas las que se apliquen". Esta legislación sólo admitía el reenvío simple.

ORDEN PÚBLICO

Una vez identificada la norma jurídica sustantiva susceptible de ser aplicada, resultado de utilizar la norma de conflicto y en caso de que ésta sea extraña al foro, surge la necesidad de analizar si es acorde con el "Orden Público" del juez que conoce del asunto, toda vez que si es contraria, el tribunal deberá resolver el fondo del litigio con su derecho. El concepto de orden público en la materia tiene una connotación especial, por lo que es importante establecer la distinción entre el orden público interno, y el orden público desde el punto de vista del derecho internacional privado.

Orden público interno

Es el carácter que se da a las normas jurídicas cuando el legislador considera que su contenido no sólo afecta intereses particulares, sino los de toda

la colectividad. Así el art. 6º del Código Civil para el Distrito Federal establece que “...sólo pueden renunciarse derechos privados que no afecten directamente el interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero”. De lo anterior se desprende que la determinación de que una norma sea de orden público compete al legislador. Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado en su jurisprudencia que:

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

Quinta época, t.XXVI, Inclán, Cenobio C., p. 1533; t. XXXI, González, Cesáreo L., p. 570, Pliego, Rosendo y coag., p. 2807; Vega, Bernal, Miguel, p.2807; Mendieta, Pedro V., p. 2807.

Podemos concluir que el legislador, en lo general y el juez en lo particular, son los que determinan si la norma jurídica interna pertenece a las consideradas de orden público, cuando por los importantes intereses sociales que se protegen salen del campo de la autonomía de la voluntad de los particulares y por lo tanto, se convierten en irrenunciables y de aplicación obligatoria.

Orden público desde el punto de vista del DIP

La mayoría de los doctrinarios están de acuerdo en que es imposible delimitar tajantemente el contenido del orden público que interesa a la materia. Sin embargo, es claro que su función es impedir la aplicación de la norma extraña que se considera perjudicial para la colectividad y en sustitución de ella utilizar los ordenamientos jurídicos nacionales. De lo anterior se desprende que la extensión del orden público, depende de la mayor o menor posibilidad de aplicar el derecho extraño. Así, a mayor aplicabilidad extraterritorial de las normas jurídicas extranacionales se invocará con más frecuencia la noción de orden público para aquellas perjudiciales al foro, y al invocar ésta excepción. Con base en lo anterior, podemos concluir que el “orden público internacional” es un mecanismo utilizado por el órgano jurisdiccional para impedir la aplicación en el foro del derecho extraño elegido por la norma conflictual, cuando considera que no conserva un mínimo de equivalencia con sus instituciones.

Hay que observar que el concepto es más amplio que en el ámbito interno y su determinación no deriva del legislador o del carácter de la norma jurídica, sino de la relación que en su conjunto guarda el derecho del juez con el extraño, obtenido en la práctica de los tribunales al analizar los casos concretos.

En México el art. 15 frac. II del código civil para el Distrito Federal establece que “No se aplicará el derecho extranjero cuando sus disposiciones o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del

orden público mexicano” y el derogado art. 3º párr. quinto de la ley de la navegación y comercio marítimos indicaba que “son inaplicables, en México, todas las disposiciones de legislaciones extranjeras que contravengan el orden público, tal cual sea calificado en México”.

FRAUDE A LA LEY

A la ley no se le puede engañar, ya que sólo es una hipótesis establecida por el legislador, por lo que el nombre utilizado no es el más adecuado. Al que en realidad se burla es al titular del órgano jurisdiccional, usando los preceptos legales, usando los preceptos legales.

El llamado “fraude a la ley” es un mecanismo que posee el órgano jurisdiccional para impedir la aplicación en el foro del derecho extraño designado por la norma conflictual, cuando descubre que alguna de las partes en el proceso, para evadirse del imperio de una norma, provoca intencionalmente mediante el cambio voluntario de los puntos de contacto en una relación jurídica, la artificiosa aplicación de una norma sustantiva diferente, por lo general más benéfica a sus intereses, de aquella que se hubiere elegido de utilizar normalmente el procedimiento de solución de conflictos.

En el fraude a la ley se distinguen dos elementos:

- Objetivo. Que consiste en el hecho o acto jurídico que se adecua a una determinada normatividad; y
- Subjetivo. Integrado por las maniobras intencionales del sujeto para que se le apliquen normas jurídicas más favorables a sus intereses.

Este concepto se originó en Francia en la sentencia dictada por la cour de cassation el 18 de marzo de 1878 en el asunto conocido como caso Beaufremont y es aceptado por gran parte de las legislaciones, aunque algunas lo rechazan, ya sea parcial o totalmente, argumentando que debido a la autonomía de la voluntad no es posible tomar en cuenta las razones que tienen las partes para provocar la aplicación de una determinada normatividad, si las leyes a utilizar no resultan contrarias al orden público.

En México el art. 15, frac. I del Código Civil para el Distrito Federal, a partir del año de 1988 establece que no se aplicará el derecho extranjero “Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión”.

APLICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA EXTRANJERA

Elegida la norma jurídica extraña como derecho aplicable para resolver el fondo de la controversia, y una vez determinado que su utilización no es contraria al orden público, ni fue producto de un fraude a la ley, el órgano jurisdiccional procederá a usarla. Aquí surge la pregunta: ¿El juez dará el mismo tratamiento a la norma extraña que a la del foro, o tendrá un manejo especial? A este respecto existen dos corrientes:

La incorporación o rinvio ricettizio, y la no incorporación.

Incorporación o rinvio ricettizio

Sigue el principio de *iura novit curia* y considera que al derecho extraño se le debe dar el mismo trato que a la norma del foro, para el caso concreto, por lo que el órgano jurisdiccional está obligado a investigarlo e interpretarlo conforme a las reglas de su sistema.

Algunos doctrinarios señalan que presenta serias dificultades el encargar esta labor al juzgador, a quien no se le puede exigir sea perito en derechos extraforo.

No incorporación

Tiene su inicio en Inglaterra con la decisión “*Mostyn vs Fabrigas*” en 1774 y considera se debe tratar al derecho extraño como a los hechos dentro del proceso y en consecuencia, su aplicación debe invocarse por parte interesada, quien está obligada a probar el contenido, vigencia, sentido y alcance de sus disposiciones legales.

Leonel Pereznieto Castro indica que:

En el fondo lo que se pretende al considerar al derecho extranjero como un hecho en el proceso, es otorgarle al juez facultades muy amplias para su interpretación, sin vincularlo con una interpretación previa.

En México, hasta antes del año de 1988 los arts. 86 y 284 de los códigos Federal y del Distrito Federal de procedimientos civiles establecían que: “Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbre o jurisprudencia”, adecuándose al criterio de la no incorporación.

A partir de las reformas sufridas en 1988, los arts. 86, 86 bis y 284, 284 bis de los códigos adjetivos indicados, actualmente señalan que:

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

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

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

Asimismo, el art. 14, frac. I del código Civil para el Distrito Federal, a partir de la reforma iusprivatista del año de 1988, establece que el derecho extranjero se aplicará:

Como lo hiciere el juez extranjero correspondiente, para lo cual el tribunal podrá allegarse de la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho.

Por último, hay que recordar que nuestro país es parte de la convención interamericana sobre prueba e información del derecho extranjero, aprobada por la CI DIP II, celebrada en Montevideo, República Oriental de Uruguay, en el año de 1979, en donde se establecen mecanismos de cooperación para allegarse de información del derecho extranjero.

De lo anterior concluye que:

1. desde el año de 1988, la legislación civil federal y del Distrito Federal adoptan el criterio de la incorporación, por lo que el órgano jurisdiccional está obligado a informarse acerca del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extraño;
2. Atento a los compromisos internacionales y para facilitar al órgano jurisdiccional la obtención de información del derecho extraño, se establecen mecanismos de auxilio que se llevan a cabo por conducto del servicio exterior mexicano; y
3. Para fomentar un proceso más expedito, se faculta a las partes para colaborar con el juzgador en obtención la información necesaria.