

# Algunas notas en torno a la influencia del derecho comparado sobre el derecho internacional privado

---

Jorge Alberto Silva Silva<sup>1</sup>

*En recuerdo de Víctor Carlos García Moreno, el poeta, amigo, compañero y siempre hermano.*

Hace muchos, pero muchos años, que conocí a Víctor Carlos García Moreno, el poeta.<sup>2</sup> Asistimos a la misma escuela secundaria, la misma preparatoria e, incluso, la misma escuela profesional. Víctor me adelantaba en la escuela unos cuantos años e, incluso, se recibió primero que yo de la licenciatura. Prácticamente convivimos durante toda la vida nuestras experiencias académicas. Coincidimos en abrazar la misma disciplina, lo que en aquel entonces era el “patito feo”, es decir, incursionamos en el campo del derecho internacional privado, al que prácticamente todos le hacían “el feo”. Cuando vinieron las reformas de 1988 y este campo comenzó a tener más adeptos, nuestros lazos amistosos se fortalecieron. Asistíamos a todas las reuniones nacionales a que convocaba la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, e incluso fuimos compañeros en la CIDIP, donde tuvimos el honor de representar a nuestro país. Aunque ambos fuimos panelistas internacionales nunca pudimos coincidir.

Asistimos a diferentes foros nacionales e internacionales, escribimos algún trabajo en conjunto e intercambiamos experiencias de todo

---

1 Profesor de Derecho Internacional Privado. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, AC.

2 Nombre que lo definió como siempre fue: como una persona sensible, intelectual, culta y amistosa, sin olvidar, por supuesto, su afición juvenil por los versos, la métrica y la armonía.

tipo, incluidas las familiares. No había una semana en la que no habláramos por teléfono o que intercambiáramos mensajes a través del correo electrónico.

Pocos días antes de la Navidad de 1998 se fue a Ciudad Juárez, a la Universidad de aquel lugar, donde por aquella época yo era el coordinador del posgrado en derecho. Víctor era profesor de la Universidad de ese lugar desde hacía muchos años atrás y colaboraba en esos días con sus alumnos en trabajos de investigación. Recuerdo que el sábado 19 de diciembre por la tarde estuvo en clase y se despidió de sus estudiantes. Cerramos la escuela, ya no había ningún alumno de licenciatura ni de posgrado ni de otra carrera. Salimos de las instalaciones universitarias. Ninguno de ambos pensó que ese sería el último día de Víctor en un campus universitario, ni que lo que había pronunciado unos minutos antes sería su última clase y su último consejo a un grupo de estudiantes. Lo dejé en casa de su hermano y aunque platicamos en los subsecuentes días, dejamos pasar la Navidad. El día 25 o 26 cenamos y platicamos de problemas propios de nuestra disciplina para luego despedirnos. A día siguiente, muy temprano, Víctor abordó el avión que lo condujo de regreso a la Ciudad de México. Unas cuantas horas después, recibí el aviso de que Víctor había sido asesinado. Lo que no quería creer, se transformó en muda respuesta al confirmar la cruda verdad. ¡El poeta había muerto! Perdí a un gran amigo, mi mujer decía que era mi hermano; la Universidad y sus alumnos perdieron a un gran maestro y México, a un gran mexicano. Hoy, a veinte años, lo recuerdo con este trabajo.

## INTRODUCCIÓN

La Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, AC, lleva implícita en su denominación dos áreas o disciplinas del derecho diferentes: por un lado, la de derecho internacional privado (Dipr) y, por otro, la de derecho comparado.

A pesar de que el objeto de estudio de cada disciplina es diferente, el derecho comparado resulta de interés para el *ius* internacional privatista y no debe permanecer ignorado. Su conocimiento supone para el internacionalista que debe existir una relación entre el derecho comparado y el derecho internacional privado. Como consecuencia de ese vínculo, que no es posible rechazar, en el presente ensayo se pretende llamar la atención del *ius* privatista hacia el derecho comparado y sus relaciones e influencias sobre el derecho internacional privado. Me interesa destacar la importancia que tienen los estudios comparatistas sobre el Dipr.

Debo destacar que solo pretendo llamar la atención hacia la influencia del derecho comparado sobre la del Dipr, y no la que pueda tener el Dipr sobre el derecho comparado. Además, no se espere de mi parte un amplio o profundo estudio de esas relaciones. Repito, deseo destacar

que existe una influencia del derecho comparado sobre el Dipr, a través de los operadores de esta última disciplina.

## 1. ELEMENTOS PREVIOS

### a) Derecho comparado y derecho internacional privado

Aunque algunas personas pudieran pensar que el Dipr y el derecho comparado han ido de la mano, el caso es que históricamente el primero antecede al segundo por varios siglos. En efecto, el derecho comparado prácticamente apareció con Eduardo Lambert y Ramón Saleilles durante el Congreso Internacional de Derecho Comparado celebrado en París en 1900 (aunque con ciertas manifestaciones durante los cincuenta años previos). Esto es, desde hace apenas cien años el Dipr se ha venido desarrollando sistemáticamente.

La idea original que privó entre los primeros “comparatistas”, procuraba conseguir un derecho común de la humanidad (*droit commun de l’humanité*), esto es, un derecho mundial o universal. Según esta idea, el derecho comparado debía reducir las diferencias jurídicas debidas a los accidentes históricos o a las temporales o contingentes circunstancias.<sup>3</sup> Obviamente estas ideas se vinieron abajo a poco tiempo de nacida la nueva rama jurídica. Los juristas comparatistas comprendieron que sus deseos de unificación universal solo eran ideales, pues la realidad se encargó de demostrarles la imposibilidad de esos objetivos. La gran obra de René David le dio la forma y el contenido de la actualidad al derecho comparado.

En cambio, el Dipr tiene antecedentes y raíces más antiguos que las del derecho comparado; a pesar de que hay quienes exploran su desarrollo desde el antiguo derecho romano, o incluso más atrás, lo cierto es que fue durante el siglo XII cuando aparecieron las primeras manifestaciones de los juristas sobre el particular. El Dipr no nació para resolver los conflictos de leyes de diferentes Estados, pues sencillamente estos no existían en la manera como hoy los conocemos. Nació originalmente para indicar si era o no admisible el estatus de alguna persona que no era del gremio o de la ciudad. Aunque en ocasiones se reconocían los estatutos extraños, en otras se les rechazaba. Esto dio lugar a lo que luego se llamó *estatutos*, que recogían el estatus o derechos de los miembros de un mismo gremio o de una ciudad. De ahí en adelante, con el cambio habido en las relaciones sociales y políticas, lo que fueron estatutos pasaron en cierta forma a ser los derechos que daba o se obtenían de un Estado u orden jurídico. Con la aparición del Estado moderno, el Dipr se desarrolló sin recurrir al derecho comparado, que aún no nacía. La Escuela Estatutaria (italiana, francesa y holandesa) le dio un gran impulso al Dipr, sin hacer participar al derecho comparado (siglos XII al XVIII).

*Ninguno de ambos  
pensó que ese sería  
el último día de  
Víctor en un campus  
universitario, ni que lo  
que había pronunciado  
unos minutos antes  
sería su última clase y  
su último consejo a un  
grupo de estudiantes.*

<sup>3</sup> Konrad Zweigert, & Hein Kötz, *An Introduction to Comparative Law*, Nueva York, Oxford, 1977.

*Se pensaba que si cada país establecía que la ley aplicable a cada persona, era la de la nacionalidad del litigante, de esa manera se produciría una coordinación de sistemas y una unificación.*

A partir del siglo XIX, el Dopr ha tenido un gran empuje y así ha llegado hasta nuestra época. Paralelamente, durante el siglo XX el derecho comparado se desarrolló, aparentemente sin necesidad del Dopr.

Al examinar el objeto de estudio de cada una de esas disciplinas, podemos percatarnos de que cada una de ellas se desarrolla sobre caminos diferentes; tal vez paralelos pero no contradictorios. A pesar del origen diverso de cada disciplina, a partir del siglo XX han venido trabajando estrechamente.

Más adelante hago alusión a las diferencias entre ambas ramas del saber, así como a la influencia de una sobre la otra, especialmente del derecho comparado sobre el Dopr.

#### **b) Un punto de coincidencia**

En el origen del derecho comparado hay un punto de coincidencia, es decir, un punto donde ciertas ideas del derecho comparado se parecen a otras manifestadas en el Dopr. Los comparatistas que se reunieron en 1900, en aquel famoso Primer Congreso Internacional de Derecho Comparado, guardaban para sí, entre otros objetivos, que la humanidad podría ser feliz si se lograba una unificación de las leyes de cada país. Reconocían una gran diversidad de los órdenes jurídicos y pensaban que la unificación podría ser posible. Al fin y al cabo —se pensaba— esa diferencia se había producido por la codificación introducida durante los años previos (durante el siglo XIX). Los estudios que tenían esos comparatistas aún no les permitía ver la gravedad de las diferencias, tan profundas en los contenidos de cada orden del sistema jurídico. Ni siquiera se habían percatado de la existencia de lo que hoy designamos como familias jurídicas. Prácticamente aquellos comparatistas que se habían reunido, pertenecían a una y única familia. Los estudios previos de legislación comparada con los que contaban al iniciar el congreso, coincidían en que esas legislaciones estaban referidas a naciones que hoy, sin problema, podemos decir que pertenecen al sistema romano-germánico.

Paralelamente a la reunión de los comparatistas, los *ius* internacional privatistas de por aquella época, en cierta forma coincidían en algunas ideas. De alguna manera, en La Haya ya se había venido hablando de la celebración de convenios o tratados. Tobias Asser y Mancini encabezaban en Europa un movimiento unificador, que en Sudamérica era correspondido por Antonio Arenas (1878).<sup>4</sup> En torno a estos personajes, se generaron ideas tendientes a celebrar algunos convenios internacionales que procuraban una armonización en las leyes, además de una solución de las controversias, evitando al máximo la dureza de las profundas diferencias que en ese mismo siglo se habían endurecido

<sup>4</sup> Incluso, se aprobó la convención para establecer reglas uniformes sobre el derecho internacional privado.

y polarizado con el sistema codificado, especialmente el mercantil.<sup>5</sup> Los *ius* internacional privatistas comprendían que no era fácil una unificación del derecho sustantivo existente entre todos los países; no obstante sí consideraban que se podía conseguir, por acuerdo, una unidad en las reglas de conflicto de todas las naciones. De esta manera, se desarrolló a finales del siglo XIX un movimiento para fijar la nacionalidad como un único punto de conexión en la elección de la ley aplicable. Se pensaba que si cada país establecía que la ley aplicable a cada persona, era la de la nacionalidad del litigante, de esa manera se produciría una coordinación de sistemas y una unificación. Claro, una unificación en las reglas de conflicto, aunque no de las normas sustantivas.

Como se advierte, había un punto que con cierta coincidencia les era un tanto común a comparatistas y a *ius* internacional privatistas: lograr una unificación. Hoy en día, los comparatistas han dejado de lado aquel ideal que originalmente habían acariciado, mientras que los *ius* internacional privatistas han visto que, con el paso del tiempo, se ha logrado obtener cierta unificación de los órdenes jurídicos en algunas áreas.<sup>6</sup> El derecho uniforme establecido en algunos tratados durante el siglo XX, es muestra de ello. También lo han sido las leyes modelo, que han logrado cierta uniformidad en las reglas de cada nación, así como la amplia redefinición de las normas de *lex mercatoria*, que, aceptadas por los legisladores, han producido uniformidad en diversas áreas del derecho, especialmente el comercial.

De cualquier manera, esta que se manifestó como una cierta coincidencia entre el pensamiento de los comparatistas y los *ius* internacional privatistas, en realidad no parece que hubiese estado conectada o vinculada. Estas ideas de unificación ya habían sido manifestadas por los *ius* internacional privatistas. Es posible que los comparatistas reunidos en aquel célebre congreso mundial, hubiesen tenido alguna idea de lo que pensaban los internacionalistas, pero eso no es materia de mi trabajo ni por ahora me interesa referirme a la influencia de los internacionalistas sobre los comparatistas, sino a la de estos sobre los internacionalistas. Revisadas algunas fuentes, no he encontrado que aquellas ideas de los comparatistas hubiesen tenido algún efecto sobre los internacionalistas.

---

5 En la célebre convocatoria de Tobias Asser a los gobiernos de los Países Bajos, les pedía reunirse expresando al efecto: “La necesidad de precisar y uniformar reglas para resolver los conflictos de leyes se hace sentir cada vez más difundida, en particular respecto de las personas, el derecho de familia y la ley en materia de sucesiones como también sobre procesal civil [...] no hay otra manera que mediante acuerdo internacional, en la forma de convenciones o de legislación armonizada, como los conflictos de leyes puedan resolverse en una forma efectiva...”. Leonel Pereznieta Castro y Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: parte especial*, México, Oxford University Press, 2000, pág. 23.

6 La uniformidad del derecho se ha manifestado en torno a patentes y marcas, trabajo, arbitraje, aeronáutica, comunicaciones por radio, etcétera.

### c) Método de derecho comparado para definir las calificaciones

Aunque la búsqueda de una ley común universal, por parte de los comparatistas, no tuvo influencia sobre los *ius* internacional privatistas, sí se dio una de importancia en torno al tema de las *calificaciones*, que si bien no es un asunto exclusivo para ser estudiado por los internacionalistas, ha sido en el campo del Dipr donde se han producido la mayoría de los estudios sobre el particular.

Fue Ernst Rabel uno de los *ius* privatistas que llamó al derecho comparado para resolver los problemas de *calificaciones de los supuestos normativos*. Este jurista no estuvo de acuerdo con la calificación *lex fori* ni con la calificación *lex causae*, que por su época ya se manifestaban en la doctrina y la jurisprudencia. Por la década de los años treinta del siglo xx, Rabel propuso que el Dipr debería desarrollarse sobre principios propios, y no en los establecidos en la *lex fori* o en la *lex causae*. No le importó el derecho interno propio ni el derecho interno extranjero. En la tutela, por ejemplo, decía que el concepto de la misma no debía buscarse en el derecho interno de uno u otro país, cuyos sistemas jurídicos se manifestaban en conflicto. La noción de la tutela —decía— solo podría obtenerse a través de la “abstracción” que debía ser hecha de modo que quedara justificada por el derecho comparado. La tutela, entonces, no es la que surge del derecho alemán,

sino también lo que el mundo civilizado entiende por ella en general, o más exactamente, todas las instituciones de derecho que tienen por fin regular la representación o la protección de personas o entes no capaces, que no están bajo la patria potestad o la parental.

A esa abstracción se llegaba mediante el derecho comparado. Fue de esta manera como Rabel estimó la importancia imprescindible del derecho comparado dentro del Dipr.

Aunque la idea de Rabel le pareció seductora a varios internacionalistas (como elemento central para hacer calificaciones), la verdad es que no alcanzó a consolidarse o a concretar algo más específico. En primer lugar, no estableció qué era lo que había de compararse. ¿Sería únicamente la ley alemana y aquella con la que se colisionaba, o todas las leyes del mundo?<sup>7</sup>

Para efectos de este ensayo, me parece falso el planteamiento de hacer regir al derecho comparado para definir la tutela o cualquier otra institución jurídica, ya que el derecho comparado no se compone de normas, sino que solo las estudia. El derecho comparado no es un derecho positivo ni un conjunto de normas ni establece prescripciones de

---

<sup>7</sup> José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho internacional privado: técnica aplicativa de la regla de conflicto*, Vol. II, Madrid, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, págs. 59-60.

conducta a seguir, sino solo un método, técnica o ciencia comparativa. Describe cada sistema jurídico, los estudia en lo particular, o como familias, en un sentido macro o micro comparado, e, incluso, nos puede dar una explicación de las relaciones sociales existentes en cada orden, así como la idea que de justicia puede ahí existir o en cada familia de sistemas jurídicos. En fin, nos describe las respuestas que da un orden o una familia jurídica dentro de un contexto comparativo e, incluso, nos auxilia a sensibilizarnos en las respuestas.

Pese al fracaso de la teoría de Rabel, de hacer que el derecho comparado definiera contenidos normativos, queda como recuerdo de un medio en el que estudiosos *ius* privatistas recurrieron al derecho comparado para resolver algunos problemas del Dipr.

Poco después de fundarse el derecho comparado, el profesor E. Valgo, quien impartió un curso en La Haya, expuso el rol del derecho comparado en el Dipr. A partir de ahí, se empezó a sostener que el aplicador del derecho debe tomar en cuenta los datos que ofrecen los sistemas jurídicos y el derecho comparado. Sostenía Valgo que se trataba de evaluar las divergencias entre las leyes de diversos países.<sup>8</sup>

#### d) Diferencias

Al resaltar las diferencias entre cada una de las disciplinas a que me vengo refiriendo (derecho comparado y Dipr), quiero recordarle al lector el objeto de cada una. A la vez, considero que es necesario deslindar el objeto de cada disciplina, para luego estar en posibilidad de entender sus relaciones recíprocas, especialmente la influencia del derecho comparado sobre el Dipr.

Recordaré dos diferencias: una que atiende a la forma de examinar la normatividad y otra, al objeto de cada disciplina.

*Primera diferencia.* El Dipr se configura por el *derecho positivo* de un país, sea que este derecho (conjunto de normas) sea establecido por su ley interna o su derecho convencional internacional. El Dipr se enfoca al estudio de un conjunto de normas y procura, entre otros objetivos, explicar el deber ser impuesto; el aspecto normativo y prescriptivo va en primer lugar. En cambio, el derecho comparado no es derecho positivo o prescriptivo. No está formado por normas, sino por experiencias que trata de describir, especialmente las variables constantes de cada orden o familia jurídica que estudia. Se trata de una *ciencia*. No existen leyes o códigos de derecho comparado. Aunque, según algunos, las experiencias y descripciones que acoge el derecho comparado, pueden llegar a inspirar a los operadores del derecho (jueces o legisladores) para crear la norma jurídica que resuelva ciertos problemas.

*Segunda diferencia.* Teniendo el Dipr como objeto de estudio a un conjunto de normas, estas indican cuál es el orden jurídico o sistema

<sup>8</sup> José Luis Fernández-Flores, *Manual de derecho internacional privado. Introducción y libro primero: el Sistema*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1980, pág. 57.

jurídico que ha de aplicarse a una específica situación o categoría jurídica. La función de estas normas consiste en indicar cuál es el orden jurídico aplicable a un específico supuesto, esto es, el Dopr se encamina a una función práctica. En cambio, el derecho comparado no es un sistema de normas o reglas jurídicas, sino que solo se dedica a su estudio. No pretende indicar cuál es el sistema más apto o conveniente (aunque su estudio proporciona diversos elementos), sino que simplemente estudia diversos sistemas jurídicos y, luego de estudiarlos, hace comparaciones a nivel micro o macro entre ellos. Como explica Simó Santonja (1968),

la esfera de acción del Derecho comparado es más limitada, porque no investiga ni cuál es la ley aplicable, ni cuál es la jurisdicción competente. Pero en otro aspecto su campo de acción es más amplio, porque la comparación no está supeditada a un conflicto de leyes o jurisdicciones y abarca todos los aspectos de los derechos que se comparan.<sup>9</sup>

Con cierta frecuencia nos encontramos con que nuestros legisladores, jueces e investigadores, al estar explicando, recurren a las enseñanzas del derecho comparado para poder legislar, juzgar y apreciar. En fin, el caso es que el derecho comparado sí ha impactado en el Dopr, cuando menos a partir del siglo xx.

## 2. INFLUENCIAS

Para el estudioso de nuestra época del Dopr, es indispensable tener alguna idea o conocimiento del derecho comparado, aunque no sea necesario que el comparatista sea un experto en Dopr.

Simó Santonja (1968) advierte la presencia de —cuando menos— dos elementos de importancia, que deben tomarse en cuenta para considerar las influencias del derecho comparado sobre el Dopr:

- a) Para la formación de especialistas del Dopr.
- b) Para el desarrollo y progreso de la colaboración entre las naciones en materia de justicia.<sup>10</sup>

A mí me parece que el derecho comparado puede influir —o ser necesario e indispensable— en el operador jurídico, para manejar, conocer o aplicar ciertas instituciones propias del Dopr; entre otras, el problema *de calificaciones, la aplicación del derecho extranjero, la aplicación del reenvío o la aplicación de ciertas excepciones, tales como el rechazo al derecho extranjero por vulnerar el orden público, por falta de reciprocidad*

<sup>9</sup> Vicente-Luis Simó Santonja, *Derecho sucesorio comparado: conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 1968, pág. 24.

<sup>10</sup> Vicente-Luis Simó Santonja, *op. cit.*, pág. 24.

*o por fraude a la ley del foro.* Gracias a la ayuda del derecho comparado, estaremos en posibilidad de comprender en su magnitud estas instituciones, tan elementales para el *ius* privatista.

La influencia que ejerce el derecho comparado sobre algunas de las mencionadas instituciones *ius* internacional privatistas, se puede advertir en la labor que realizan los operadores jurídicos al crear o aplicar normas del Dopr. Me interesa destacar dos tipos de operadores:

- a) Aquellos que realizan una función investigatoria, didáctica o codificadora, como en el caso de legisladores al crear normas del Dopr o uniformes.
- b) Aquellos cuya función se dirige con mayor acento a la aplicación de normas superiores a casos concretos o específicos. Por ejemplo, jueces, registradores, notarios, etcétera.

El primer tipo atiende una labor más abstracta en tanto que el segundo, una un tanto más concreta. En gran medida, con el primero deben estar más vinculados los investigadores, profesores, legisladores o estudiantes; mientras que en el segundo se interesan los funcionarios o particulares, que individualizan las normas generales y las llevan a los casos más concretos.

En las próximas líneas haré referencia a ambos tipos de influencias. Comenzaré con aquella que es un tanto más abstracta, para luego llamar la atención de las influencias hacia algunas actividades más concretas.

En primer lugar, no se nos debe escapar que un operador del Dopr está expuesto a aplicar o reconocer un derecho extranjero. El simple hecho de tener que aplicar un derecho extranjero obliga al operador a realizar ciertas actividades que lo deben transportar a un ambiente intelectual diferente al que está acostumbrado. De esta manera, tiene que interpretar textos que no le son propios, y esto en el caso de que encuentre algunos, porque en los casos de sistemas no legislados tendrá que entender los mecanismos de producción y creación de ese derecho que ha de aplicar. En cualquiera de ambos casos, ya sea que el operador tenga que conocer un derecho legislado o no legislado, tendrá que introducirse en el conocimiento de las relaciones sociales, económicas, culturales, estéticas, valorativas, etcétera, para poder interpretar la norma en la que se apoyará para la creación de otra más concreta. Para el *ius* internacional privatista (de nuestra época), ya no es una novedad saber que al interpretar el derecho extranjero, lo debe hacer de la misma manera como lo haría el juez extranjero. Esto es, con los mismos valores y criterios que pudiera considerar y con los propios.

Para meros efectos prácticos, el *ius* internacional privatista debe hacerse a la idea de que, al estudiar el derecho extranjero, no se enfrentará a un derecho desconocido —y que aparentemente importará— ni a un derecho positivo que le será ajeno. Con frecuencia tendrá que hacerle

frente a las doctrinas del derecho extranjero y no lo podrá hacer de manera indiscriminada. En principio no le será fácil hacerlo, debido a las diferencias entre sistemas, así como al orden social, económico, cultural y ético que prevalece en ese otro lugar. Para importar ideas extranjeras, el importador debe estar seguro que pueden ajustarse a la idiosincrasia y sistema jurídico mexicanos, pero antes de eso, deberá contar con los instrumentos que solo el derecho comparado le puede dar para acercarse a ese derecho extranjero.

Si acaso existen problemas dentro del propio sistema, no es recomendable inventar ideas o soluciones ni tampoco importar respuestas extrañas que no puedan ajustarse al propio sistema. Para un aplicador del derecho, la tarea no es fácil, porque no se trata de que rechace el sistema extranjero para aplicar el propio, sino de rechazarlo (en los casos en que procede) porque ha sido tan bien conocido que se ha llegado a la conclusión de que vulnera los principios fundamentales del propio.

### 3. INFLUENCIAS EN LA LABOR ABSTRACTA

El derecho comparado no solo es importante para el juez o cualquier otro aplicador del derecho en lo concreto, sino también para el investigador, el estudioso o el legislador. A cualquiera de estos, le debe ser familiar no solo la comparación del derecho material, sino también la del Dipr.

Haroldo Texeiro Valladao (1987) puso de relieve la posibilidad de hacer estudios de derecho comparado. Esto —decía— da la posibilidad de conocer y comparar las leyes divergentes de los diversos Estados, coordinándolos armónicamente a través de las normas de conflicto, o bien, procurando uniformar las que supriman las colisiones.<sup>11</sup>

Simó Santonja (1968), atendiendo la labor de los legisladores, llamó la atención al hecho de que

...el Derecho comparado, ... es indispensable para que el legislador llegue a la formulación de sus normas de colisión y el juez pueda más tarde estar en condiciones de aplicarlas correctamente. Un legislador que edifique su Derecho internacional privado sin pensar cuál será el valor de las decisiones que de él deriven en ambientes jurídicos extranjeros, sería inconsecuente. ¿De qué sirve tal Derecho si sus soluciones no alcanzan valor fuera de sus fronteras? Un juez desprovisto de todo informe sobre el Derecho comparado, ¿cómo podría llegar a una aplicación de la ley extranjera?<sup>12</sup>

11 Haroldo Texeiro Valladao, *Derecho internacional privado. Introducción y parte general*, México, Trillas, 1987, p. 50.

12 Vicente-Luis Simó Santonja, *op. cit.*, pág. 26.

Un investigador del Dipr también se sentirá satisfecho cuando perciba correctamente las soluciones habidas en otros lugares para una problemática del mismo Dipr. En la realidad así ha sido. Las experiencias que proporcionan las leyes, la jurisprudencia o la doctrina extranjera, han sido, sin duda alguna, la fuente de riqueza más importante para alcanzar los resultados que exige el Dipr. Pero, aquí hay que volver a recordar que el conocimiento del derecho extranjero es materia propia del derecho comparado. Este es el que proporciona los instrumentos para conocer y contrastarlo con el propio sistema jurídico. El Dipr no cuenta con esos instrumentos ni los ha desarrollado. De ahí que al operador del Dipr, le sea necesario —e indispensable— acercarse al derecho comparado, pues de otra manera estará imposibilitado para conocer y aplicar un derecho extraño.

Si hasta antes de la aparición del derecho comparado, el internacionalista podía vivir sin su auxilio, ello se podía explicar debido a que las relaciones entre los ciudadanos en una y otra naciones eran menos intensas que las existentes en la actualidad. En mundo de la actualidad es más interdependiente que en otras épocas. Por ahora sería inconsecuente que los investigadores, los educadores, en fin, los operadores del Dipr, hablen de derecho extranjero y afirmen que debe ser aplicable, si por otro lado desconocen cómo conocer ese derecho extranjero, es decir, la técnica para conocerlo e, incluso, lo que contiene. El mundo de nuestra época no vive solo y aislado, sino de manera interdependiente. Todos necesitamos de todos. El conocimiento del derecho y sus instrumentos no se reduce al derecho que se genera en una sola nación; el derecho también se universaliza, fenómeno que se materializa en los actuales momentos de integración.

Los *ius* internacional privatistas afirman que no todos los elementos extranjeros son válidos para ser importados. No todas las realidades prevalentes en otros lugares son susceptibles de ser amoldadas a la región para la cual se investiga o legisla. Es posible que opere la excepción de un orden público internacional o que se trate de una institución desconocida; de cualquier manera, aun en estos casos, es necesario conocer el derecho extranjero para poder argumentar por qué no es posible importar la regla extranjera que respalda a la institución desconocida.

#### 4. ALGUNAS INFLUENCIAS MÁS CONCRETAS

El operador jurídico del Dipr no solamente se queda en abstracciones, codificando, legislando, investigando o estudiando para su cátedra, sino que también está llamado a llevar el caso concreto al terreno de las realidades concretas. De esta manera, podrá reconocer un testamento o un contrato redactados en el extranjero, o admitir un matrimonio, un divorcio o una adopción conformados según el derecho extranjero, como también podrá admitir y reconocerle efectos a una sentencia ex-

*...el Derecho comparado, ... es indispensable para que el legislador llegue a la formulación de sus normas de colisión y el juez pueda más tarde estar en condiciones de aplicarlas correctamente.*

pedida en el extranjero conforme a una ley extranjera y por autoridades extranjeras, etcétera.

A un profesor de Dopr, el derecho comparado le da diversas oportunidades. Así puede poner sobre el tapete, a manera de ejemplo y como recurso didáctico, algunos elementos de derecho extranjero, introduciendo ciertos datos de derecho extranjero a manera de discurso didáctico. Además, los datos del derecho extranjero introducidos deben ser aquellos con los que la realidad local muestre una posibilidad real o fáctica en la que la población o grupo social se manifieste en términos semejantes con otras comunidades.

Es necesario advertir que un profesor y sus alumnos, al introducirse al derecho extranjero, entran a este no como simples turistas que van a curiosear ni como medio para alcanzar una simple comparación de sistemas. Deben tomar en cuenta que en el vocabulario legal empleado en cada sistema en el que husmean, se perciben valores diferentes y es que no existe una uniformidad universal para designar lo que, tal vez, puede ser un sistema o institución más o menos semejante.

Para cualquier operador del derecho que se enfrente a un caso de derecho sucesorio, familiar, contractual o cualquier otro con vínculos hacia diferentes órdenes jurídicos, le será necesario familiarizarse con el derecho comparado.

No se trata de que se quede comparando los textos legales de uno u otro país. Se trata de que entienda que cuando la ley aplicable sea la extranjera, tendrá que familiarizarse con los conceptos, definiciones, clasificaciones, concepción del mundo, de la justicia, de las relaciones sociales y otros elementos que sostienen el orden jurídico extranjero. Esto es importante no solo para quien se enfrente a problemas muy concretos, sino también para aquel que realice funciones de mayor generalidad y abstracción, como el investigador, el legislador, etcétera. Estas operaciones que debe realizar, hasta antes de aplicar o reconocer el derecho extranjero, e, incluso, de rechazarlo, no son propias de la disciplina del Dopr, sino del derecho comparado.

El Dopr nos dice que el derecho extranjero, se podrá aplicar, que se deberá interpretar o calificar conforme al derecho extranjero, pero no nos proporciona la técnica para acercarnos al mismo. El derecho comparado es que guarda en su objeto de estudio esa técnica. Por tanto, el *ius* internacional privatista tiene que tomarla en cuenta.

En diversos frentes del Dopr, es factible encontrar la presencia del derecho comparado. La encontramos en aquellos que atañen a la aplicación del derecho extranjero, problema de calificaciones y reenvío. De igual manera, se hacen presentes las influencias en aquellos casos en los que no se quiere o no se debe aplicar o reconocer el derecho extranjero, como en los que puede afectar el orden público internacional, faltar reciprocidad o se produzca un fraude a la ley del foro. Los casos de *dépeçage*, adaptación, en fin, de armonización. Me referiré, a manera de

ejemplo, a algunos de estos frentes en los que está presente el derecho comparado.

**a) Aplicación del derecho extranjero**

Cuando una norma de conflicto recepta una norma extranjera, en especial una norma sustantiva extranjera, conduce al aplicador del derecho a tener que inmiscuirse en el conocimiento del derecho extranjero.

Mostraré, a manera de ejemplo, el caso de un testamento otorgado en un país extranjero y que se presenta ante un tribunal mexicano. Imaginémos el caso de una de las entidades federativas de Estados Unidos cuando establece que la disposición del patrimonio *mortis causa*, se puede hacer a través de una grabación en video. En esta grabación, se guarda la voz e imagen del testador, sin que exista otro documento más que la cinta grabada. En este caso, la ley mexicana indica que el testamento extranjero produce efectos en la CDMX cuando hubiese sido formulado de acuerdo con la ley del país donde se otorgó (Art. 1593 del CCDF).<sup>13</sup>

El juzgador mexicano comenzará por reconocer que este medio de testar (en videograbación) no se encuentra establecido en la ley de la CDMX. No obstante, la norma de conflicto le indica al juez que ese testamento podrá ser reconocido si la ley del lugar de su otorgamiento así lo permite. Esto le dice al juez que la posible ley reguladora de ese testamento, es la de Estados Unidos (de la entidad federativa correspondiente), y lo obliga a introducirse en el conocimiento de una ley u ordenamiento jurídico extranjeros. Si el juez no se introduce en el conocimiento de la normatividad estadounidense, jamás estará en posibilidad de determinar la validez del testamento en video que le ha sido presentado. Ahora bien, puede ocurrir que en esa entidad federativa no exista algún código o ley promulgados que permita eso, sino que tal vez eso surja de prácticas y costumbres. Con la técnica para conocer esas prácticas y costumbres normalmente no está familiarizado un juez mexicano, pero el juez de Estados Unidos sí tiene un entrenamiento para acercarse a esta; pues bien, el juez mexicano tendrá que realizar lo que sea conveniente para ello. No solo se podrá auxiliar de expertos que lo ayuden (*expert witness of USA law*), sino también del derecho comparado.

Quiéralo o no, el juez mexicano, al practicar una labor de conocimiento del derecho extranjero, estará introduciéndose en cuestiones de derecho macrocomparado y microcomparado. A ese juez no le será suficiente tener a su frente el texto de la disposición, sino que, además, se podrá percatar de que la regulación jurídica del testamento en video, puede provenir de un estatuto o de algún precedente judicial de Esta-

<sup>13</sup> Artículo 1593. “Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efectos en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron”.

dos Unidos. Seguramente también le llamará la atención la argumentación empleada en el precedente extranjero, para admitir ese tipo de testamentos. El juez posiblemente constatará las diferencias existentes entre el derecho de Estados Unidos y el mexicano, y con ello ya hizo una labor comparatista.

Con gran frecuencia uno se encuentra con que el juez ni siquiera conoce los métodos o técnicas del derecho comparado, o que nunca oyó del mismo, pero a pesar de lo rudimentaria que pueda ser su labor, habrá recurrido al derecho comparado. Esto es lo que seguramente ocurre con frecuencia, pero eso no es lo idóneo. Es como lo que ocurre cuando una persona se sitúa en un escenario y frente a un micrófono. No basta tener un escenario y un micrófono para cantar: hay que saber cantar.

La presencia o relación del derecho comparado en la labor del operador jurídico, también se puede advertir en otras áreas de aplicabilidad del derecho extranjero. Permítanme referirme a algunas.

En la idea de que ve al derecho extranjero como un hecho, el juez tiene que conocer ese “hecho”. Aunque no lo estime como derecho, tendrá que realizar diversas actividades propias o atinentes al conocimiento del derecho extranjero para poder conocerlo, para así poder insertarlo dentro del propio sistema jurídico; con esto, ya ha hecho una labor comparatista. Por otro lado, si al derecho extranjero lo estima como un verdadero derecho y no como un hecho, el juez también hará lo mismo: tendrá que conocer primeramente el derecho extranjero y luego decidir si ha de aplicarlo.

En la labor del juez para receptar el derecho extranjero, tendrá que *interpretar* la disposición extranjera designada como aplicable, tarea que lo obliga a introducirse al derecho extranjero. Al interpretar el texto extranjero, podrá advertir que en ese derecho la institución que interesa se interpreta de una manera, mientras que en México, de otra. Consciente de esa diferencia, a la que ha llegado por vía de comparación, el juez se formulará otra pregunta: ¿cuál será la interpretación que ha de seguir? Aunque la determinación de cuál es la interpretación que habrá de acatar corresponde al Dipr, la percepción de las diferencias se obtendrá del manejo del derecho comparado. Luego, si el Dipr opta por una calificación *lex causae*, en lugar de una calificación *lex fori*, entonces el juez deberá introducirse de nueva cuenta en el derecho extranjero; recurrir al precedente judicial extranjero, a la doctrina extranjera, los valores extranjeros, etcétera.

Otro aspecto que convence de que el operador jurídico del Dipr debe hacer comparaciones, surge de la ley en los casos de *dépeçage*. En este caso, el juez encuentra que existen diferentes leyes u órdenes jurídicos a aplicar en un caso concreto. En un caso como estos, nuestra ley ordena que se deben procurar aplicar las diversas reglas en presencia de

manera armónica (Art. 14, fracc. v, del Ccfed<sup>14</sup>). Al descubrir el juez la concurrencia de diversos sistemas jurídicos en presencia, podrá advertir que es necesario hacer ajustes para lograr la equidad. En el procedimiento para alcanzar este fin, el juez habrá comparado —e, incluso, discriminado— aquello que no conduzca a la equidad. Aquí, la comparación no se reduce a la confrontación de únicamente dos sistemas, sino de todos y cada uno de aquellos en presencia.

Por último (y aquí recuerdo al profesor Antonio Tomás Ortiz), otro caso en el que el derecho comparado es llamado por el *ius privatista*, se presenta con aquella teoría que propugna por la aplicación del *sistema jurídico más próximo*. Supone esta teoría que, a pesar de que el derecho aplicable sea el extranjero, este no ha podido ser conocido. La teoría sostiene que no procede la desestimación de la reclamación de aplicar un derecho extranjero, sino que se aplicará el sistema jurídico más próximo. Un sencillo razonamiento nos lleva a pensar en que, para lograr aplicar el sistema jurídico más próximo, es necesario hacer comparaciones.<sup>15</sup>

#### **b) Calificación conforme al derecho extranjero**

En el caso de la calificación *lex causae*, se requiere que el juez conozca si en el derecho extranjero un supuesto jurídico encuadra dentro de una u otra institución.

Por ejemplo, las capitulaciones patrimoniales del matrimonio pactadas en el extranjero, se pudieran considerar como una cuestión del estado civil o como una cuestión contractual. ¿Cómo las tomará el aplicador?

Otro ejemplo de interés es en el que se presenta una calificación consistente en resolver el problema de un testigo en un testamento. Se trata de un testamento otorgado en Alemania por un mexicano. A dicho testamento concurrió un testigo, pero una persona interesada en anularlo lo ha impugnado. El juez mexicano se encuentra ante el problema de saber qué datos o características debía tener el testigo del testamento. Si este es mexicano acaso el juez se pregunte si debe recurrir a las reglas de la capacidad establecidas en la ley mexicana. Si las características de ese testigo son vistas en Alemania como una cuestión de forma y no de capacidad (como así se establece en el derecho alemán), el juez mexicano tendrá que definir antes de elegir la ley aplicable (mexicana o alemana) como calificador. Si opta por la *lex causae* (lugar donde se generó el

14 Artículo 14. “En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: [...] V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto”.

15 Vid José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *op. cit.*, Vol. II, pág. 261.

testamento), es porque ello supone que ha hecho los juicios valorativos según la ley alemana, es decir, ha estudiado el derecho alemán. Obviamente, con su estudio ha hecho comparaciones.

Es indispensable que el aplicador resuelva el problema calificativo, porque de ello dependerá que se aplique el derecho sustantivo extranjero en uno u otro sentido. Dicho de otra manera: si el juez mexicano debe calificar según la *lex causae*, es decir, según la ley extranjera aplicable, deberá adentrarse al conocimiento de la misma. Aquí debo reiterar que si la ley aplicable es la extranjera, no solo basta que se aplique dicha ley extranjera, sino que se aplique tal y como lo haría el juez extranjero (calificación *lex causae*). Para esto, el juez mexicano no solo debe inmiscuirse en el conocimiento del derecho extranjero aplicable, sino que, además, ello supondrá una labor de comparación con el derecho mexicano. El aplicador debe estar consciente de las posibles diferencias en la calificación.

### c) Fraude a la ley del foro

La figura del fraude a la ley del foro, es una de las más conocidas en el Dopr. Supone los tradicionales dos elementos: uno, subjetivo (la intención de evadir la ley que normalmente es la aplicable); otro, objetivo (lograr el cambio en los puntos de conexión) e, incluso, Audit hace intervenir un tercer elemento: el fáctico (que se realice un acto conforme al cual el interesado trate de hacer valer la nueva situación adquirida).<sup>16</sup>

Si a un juez se le plantea un caso como este, antes de resolver deberá haber conocido tanto el derecho extranjero como el propio y luego haber hecho una comparación. Debe estar seguro de que en el derecho extranjero, la respuesta a un problema es diversa a la de la ley del foro y que, además, la norma de conflicto extranjera y la propia son diferentes. Solo estando seguro de que existe diferencia en los puntos de conexión, así como en las respuestas, ese juez podrá resolver lo que corresponda. Para entonces ya hizo labor comparativa.

### d) Armonización

Un creciente número de países acoge la posibilidad de armonizar ordenamientos en conflicto. De esto no se escapa el derecho mexicano<sup>17</sup>

---

<sup>16</sup> Vid José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *op. cit.*, Vol. II, pág. 438.

<sup>17</sup> Artículo 14 del Ccfed. "En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: [...] V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación".

ni el de otras naciones. Dentro de los que puedo incluir está la reciente Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela.<sup>18</sup>

La armonización supone diversos derechos en presencia. Aunque la jurisprudencia mexicana no ha reportado hasta la fecha un caso de esta naturaleza, la doctrina y jurisprudencia extranjeras ya se han ocupado del tema; incluso, ha sido objeto de cursos en la Academia de La Haya.

La adaptación, según la doctrina, puede enfocarse a las normas materiales o a las de conflicto; y aunque en este punto los estudiosos se dividen, no cabe duda de que el juez debe tomar en cuenta los diversos órdenes jurídicos en presencia, considerar las normas de cada uno y luego jerarquizarlas, compararlas, procurar encontrar con cuál de ellas el supuesto a regular guarda las relaciones más estrechas y comenzar a rechazar algunas (en los casos de contradicción) e, incluso, como dice la ley mexicana, buscar con cuál se logra una mayor justicia y equidad (adecuar lo que resulta inadecuado). El trabajo es arduo y, en ella, el juez puede establecer equivalencias.<sup>19</sup>

En esta operación, el conocimiento del derecho extranjero siempre estará presente. El juez debe listar uno y otro órdenes jurídicos en presencia, comparar uno y otro, jerarquizarlos, desechar lo que resulte inadecuado a los fines de equidad y justicia, y decidirse por el que permita realizar las finalidades de cada orden jurídico. Todo esto requiere no solo introducirse en el texto de la ley extranjera, sino en la cultura de valores jurídicos de cada orden jurídico extranjero, a lo que se aúna el manejo de alguna técnica comparativa.

## CONCLUSIONES

En fin, creo que bastan las tenues ideas que hasta aquí he expresado, para que nos percatemos que el actual y contemporáneo *ius* internacional privatista está condicionado por el derecho comparado, para poder adentrarse correctamente en las soluciones a problemas internacionales. Los operadores del Dipr requieren, si no es que quieren quedarse solos en el último piso de un edificio abandonado, que se tomen en cuenta las experiencias que proporciona el derecho comparado.

Entre el *ius* privatista y el derecho comparado hay una cadena que une al primero respecto de esta área del conocimiento. Romper la cadena significa irse al vacío o quedarse solo y aislado. El profesor que enseña, el juez que aplica, el legislador que da respuestas, requieren tomar en cuenta al derecho comparado.

---

18 Artículo 7. “Los diversos Derechos que puedan ser competentes para regular los diferentes aspectos de una misma relación jurídica, serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de dichos Derechos. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto”.

19 *Vid* José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *op. cit.*, Vol. II, págs. 241 y sigs.

