

ENSAYOS ESCRITOS POR EL INTERNACIONALISTA JORGE AURELIO CARRILLO RAMIREZ

Presentación
del Lic. Leonel Pereznieta Castro

PRESENTACION

En el presente volumen, se recogen los trabajos del internacional privatista mexicano, Jorge Aurelio Carrillo, profesor de las Universidades Iberoamericana y Nacional Autónoma de México.

Debido a su muerte prematura, su obra escrita es escasa pero en ella se encuentra una detenida reflexión y un frecuente recurso al derecho comparado que la hacen de gran interés para el especialista y de importante consulta para el jurista en general.

En su artículo acerca de la postura de la Constitución frente a los problemas de la nacionalidad, del autor, lleva a cabo una excelente crítica del sistema constitucional adoptado, crítica que en su profundidad nos recuerda, la que en su época emprendiera Eduardo Trigueros en su ya clásico libro de la nacionalidad mexicana. En su sencilla manera de presentar sus ideas, Jorge Aurelio Carrillo, muestra como la falta de una base doctrinal, condujo a nuestros constituyentes a ignorar una serie importante de antecedentes en la materia.

Después de su razonada exposición, ampliamente estructurada en el derecho comparado, nos ofrece un atractivo proyecto de artículo 30 constitucional, que evidentemente resulta más completo que el actual sistema.

El autor vuelve al recurso del derecho comparado en su trabajo sobre el matrimonio y el divorcio en México. Sobre todo este último al que durante muchos años tuvieron que enfrentar nuestros tribunales y en muchos casos por los abusos cometidos, con amplio descrédito internacional. Problema que Carrillo enfoca a partir de lo que él llama "aplicación a ultranza" del "principio de la territorialidad absoluta". Su acucioso análisis muestra cómo un sistema de esta naturaleza suele provocar la irrestricta prórroga de competencia territorial dando por resultado que, en el caso concreto, la ley mexicana haya sido utilizada para defraudar a la ley extranjera. En su reseña al caso Patiño, demuestra los efectos negativos de este territorialismo en nuestros tribunales y la aprovecha para dar su propia y novedosa interpretación sobre el artículo 12 del Código Civil para el Distrito Federal, que como se sabe es la disposición a partir de la cual se construye el sistema territorialista mexicano, en los términos siguientes; esta disposición debe ser aplicada con "sentido común" ya que "su espíritu es el de sujetar a todos los habitantes de la República a las leyes mexicanas... (para)... evitar que los extranjeros pretendan invocar su estatuto personal en perjuicio de los nacionales...".

En su calidad de funcionario del Banco de México obtuvo una amplia experiencia en el campo financiero lo que le permitió escribir un excelente trabajo sobre el control estatal de la venta pública de valores en México, tema que por lo demás, en el campo de la inversión extranjera que también aborda Carrillo, ha vuelto a ser de gran actualidad.

En su capacidad de docente, Jorge Aurelio Carrillo tiene dos magníficos trabajos: sus apuntes de clase, que desafortunadamente sólo alcanzó a desarrollar sobre los temas de nacionalidad y condición de extranjeros y, su artículo acerca de las nuevas tendencias doctrinales en el derecho internacional privado que, aunque breve, resume algunos de los

aspectos más discutidos en la disciplina. En estos dos trabajos, Carrillo logra esbozar su posición doctrinal. Como en su época lo hiciera Jacques Maury, Carrillo intenta una definición de la disciplina a partir de sus fuentes y así nos dice que, "... si la fuente del derecho privado internacional es la sociedad internacional... los intereses que tutele no serán los individuales de cada Estado, sino los intereses mismos del comercio jurídico extranacional". En este mismo pasaje, el autor expresa otra idea que nos hace recordar uno de los postulados de Ernest Rabel acerca de la calificación: "... el desarrollo armónico y equitativo... (del) ... comercio jurídico extranacional... (requiere de)... sus propias características y no... (de)... las características individuales de cada Estado". Finalmente se pronuncia en favor de la creación de un derecho convencional, como fórmula de homologación de la comunidad jurídica internacional.

El lector encontrará una amplia fuente de consulta en el material que contiene la presente recopilación, gracias al esfuerzo que ahora nos brinda la hija de Jorge Aurelio, Luz del Carmen.

Leonel Pereznieto Castro.

PRESENTACION DE LAS RESEÑAS BIBLIOGRAFICAS DE LOS ENSAYOS ESCRITOS POR EL INTERNACIONALISTA JORGE AURELIO CARRILLO RAMIREZ.

El maestro Jorge A. Carrillo escribió durante su intensa vida profesional varios estudios jurídicos que fueron publicados por la Revista de la Facultad de Derecho de México, que consistieron en artículos, ensayos y traducciones de obras jurídicas, así como unos apuntes para la Cátedra de Derecho Internacional Privado que impartiera en la Universidad Iberoamericana hacia 1961.

Dichos estudios se detallan a continuación en orden cronológico:

Arbitraje Comercial Internacional, publicado en la "Revista de la Facultad de Derecho de México", Tomo XI, números 43-44, julio-diciembre de 1961; el caso Patiño-Borbón ante el Derecho Internacional Privado. En "El Foro", 4a. época, número 33, abril-junio de 1961; el Control Estatal de la venta pública de valores en México, en la Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XI, número 56, octubre-diciembre de 1964; Nuevas Tendencias doctrinales en el Derecho Internacional Privado, en la Revista de la Facultad de Derecho, Tomo XIII, número 52, octubre-diciembre de 1963 y finalmente, la postura de la Constitución Mexicana frente a los problemas de nacionalidad, en la Revista de referencia, Tomo XIV, número 54, abril-junio de 1964.

A continuación se reseñan dichos estudios a fin de ofrecer un panorama general de la obra del maestro Carrillo.

LA POSTURA DE LA CONSTITUCION MEXICANA FRENTE A LOS PROBLEMAS DE NACIONALIDAD.

En virtud de que el maestro advirtiera la urgencia de realizar una revisión del texto de la Constitución Mexicana con base en principios de Derecho Internacional generalmente aceptados, es la razón por la que escribe este ensayo, enfatizando que la revisión constante y consecuente modificación de los textos constitucionales en Latinoamérica no es tan grave como el hecho de querer convertir "a las cartas fundamentales en textos casuísticos, con profusión de disposiciones de validez transitoria que necesariamente, las convierten en altamente vulnerables a la acción del tiempo." Pero que lejos de caer en el mismo deseo de renovación del código fundamental por el simple afán de cambio, el maestro propugna por la revisión del artículo 30 de dicho ordenamiento que define a los mexicanos, en virtud de que su contenido coloca a México en una posición inaceptable, apartada de la realidad y con desconocimiento total de hechos naturales.

Todo esto se desprende del texto del artículo constitucional de referencia que señala que son mexicanos por nacimiento los nacidos en territorio de la República, sea cual fuera la nacionalidad de sus padres; los que nazcan en el extranjero, de padres mexicanos, de padre mexicano y madre extranjera, o de madre mexicana y padre desconocido y finalmente los nacidos a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas.

De esta manera reconocen las dos formas de adquirir la nacionalidad *jure soli* o *jure sanguinis*, corrientes muy controvertidas desde el siglo pasado.

Sin embargo, señala que no existe un antagonismo científico entre ambas formas de otorgar nacionalidad puesto que ambas se complementan.

Prosigue destacando algunas ideas erróneas que se tienen sobre el *jure soli* y que se incorporaron al citado artículo 30 constitucional, al suponerse que la adquisición de nacionalidad por esta vía requiere solamente del supuesto del hecho natural del nacimiento y que ocurra en un determinado país.

Los sostenedores de esta doctrina consideraban, además, que los padres debían estar domiciliados en el país donde ocurriera el nacimiento.

El maestro reseña la existencia de leyes mexicanas anteriores que combinaron el *jure sanguinis* con el *jure soli*, sin provocar conflictos de doble nacionalidad.

A continuación resume, lo que a su juicio, constituyen errores derivados del artículo en comentario, entre los que destacan que se consagra por igual el *jure sanguinis* y el *jure soli*, sin dar oportunidad al interesado de optar por una u otra nacionalidad si el Estado le atribuye la suya; al establecer el *jure sanguinis* no distingue entre padres mexicanos por nacimiento y por naturalización; al referirse a los hijos de padres mexicanos nacidos en el extranjero, no exige que esa calidad se les reconozca sólo en el momento en que tales hijos se domicilien en México y desconoce también el principio de reciprocidad del Estado en donde nacen dichos hijos; respecto del *jure sanguinis* no existe lógica en el precepto en comentario al excluir de la nacionalidad Mexicana a los hijos de madre mexicana y padre extranjero; finalmente, señala que carece de toda fundamentación doctrinal declarar mexicanos a todos los que nazcan en embarcaciones y aeronaves mexicanas.

Prosigue detallando los ordenamientos de los países latinoamericanos que superan nuestra legislación en este respecto, citando diversos ejemplos.

Resume que el artículo 30 constitucional, después de la reforma de 1934, "debe ser objeto de una nueva revisión" y "debe ser objeto de una nueva revisión y debe apegarse a doctrinas de Derecho Internacional Privado," en virtud de que en materia de nacionalidad, los Estados que integran la comunidad jurídica internacional han trabajado para evitar los casos de doble nacionalidad y para suprimir o reducir los de apatridia.

Cita algunos tratados y convenciones en los que México ha participado y que han tenido por objeto resolver las cuestiones señaladas. Sin embargo enfatiza que una vez creadas las Naciones Unidas, y dentro de ellas, la Comisión de Derecho Internacional, México no ha participado en las conferencias más importantes relativas a la cuestión de nacionalidad y enumera los principios básicos emanados de las convenciones más importantes en donde se ha analizado el punto en comentario.

Finalmente, el maestro propone una nueva redacción del multicitado artículo 30 constitucional, que recoge básicamente todas las ideas comentadas en el presente ensayo.

APUNTES PARA LA CATEDRA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El maestro Jorge Aurelio Carrillo elaboró estos apuntes para la cátedra de Derecho Internacional Privado que impartiera en la Universidad Iberoamericana desde el año de 1961.

En este trabajo destaca en primer término, la existencia de la relación extranacional jurídica cuando los nacionales de un estado entran en contacto con nacionales de otro. Plantea la diferencia entre el Derecho Internacional público y el privado y cita diversos ejemplos de relaciones extranacionales.

Posteriormente señala las diversas concepciones del Derecho Internacional Privado que están representadas por la postura territorialista, la clásica y finalmente, la privatista. Estudia también la naturaleza jurídica del Derecho Internacional Privado, aceptando que el orden jurídico es siempre uno y que el orden internacional es sólo reflejo del nacional o viceversa y apunta que si el derecho internacional privado es un derecho nacional, la naturaleza del mismo dependerá de si nos inclinamos a aceptar la postura clásica o la privatista.

Más adelante estudia las fuentes del Derecho Internacional Privado y para ello su atención se centra primordialmente en las fuentes formales nacionales y las internacionales. Destaca también el fundamento del Derecho Privado Internacional, de carácter nacional, el supranacional en su concepción clásica y el supranacional en su concepción privatista.

Asimismo, analiza el contenido del Derecho Internacional Privado, que a su juicio debe comprender la nacionalidad, la condición de extranjeros y el conflicto de leyes, principalmente. En otro inciso, ubica al Derecho Internacional Privado en el Derecho público y desarrolla todo un tema en torno a la codificación del Derecho Internacional Privado en los distintos regímenes jurídicos.

Dentro de la Primera Parte de los apuntes, el maestro trata el tema de la nacionalidad, definiéndola como el vínculo jurídico y político que relaciona a un individuo con un estado. Más adelante estudia las reglas fundamentales en materia de nacionalidad que pueden resumirse en los siguientes puntos:

PRIMERA: Todo individuo debe tener una nacionalidad y nada más que una.

SEGUNDA: Todo individuo debe tener una nacionalidad desde su nacimiento.

TERCERA: Todo individuo debe ser libre de cambiar su nacionalidad.

Posteriormente analiza la nacionalidad mexicana propiamente, basándose en un bosquejo histórico y en el estudio de los textos legales vigentes, tales como el Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

Por lo que se refiere a la nacionalidad de las personas morales, dedica todo un tema en el que estudia la teoría afirmativa, la teoría negativa y las teorías intermedias, para determinar si acaso las sociedades tienen o no nacionalidad; asimismo, estudia los criterios más importantes que determinan o pueden llegar a determinar la nacionalidad de una sociedad, entre los que destacan: el criterio de la ley de constitución, el criterio del domicilio social, el criterio de la nacionalidad de los socios, el criterio del control y el criterio del lugar de explotación. Analiza finalmente lo que se refiere a la nacionalidad de los buques y las aeronaves.

Más adelante, destaca lo que se considera en el Derecho Internacional Privado como la condición de los extranjeros, estudiando la admisión de extranjeros, su situación en el país y la expulsión de los mismos. Reseña la evolución histórica del concepto de extranjero y resume la actitud que ha servido como norma a algunos Estados para fijar su criterio por lo que a trato de extranjeros se refiere, al decir que al lado de la llamada tesis del ámbito mínimo inviolable, se encuentran la tesis de la reciprocidad diplomática, la tesis de la reciprocidad legislativa o de hecho, la tesis de la asimilación de los nacionales y finalmente, la tesis angloamericana.

En relación con la condición de extranjeros en el Derecho Positivo Mexicano, el maestro analiza los textos legislativos conducentes, tales como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en algunos de sus artículos relativos y la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN MEXICO, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El maestro trata en este trabajo el controvertido tema del matrimonio y divorcio en México, de acuerdo con los principios del Derecho Internacional Privado y le divide en

cuatro partes, en la primera de las cuales trata el tema del matrimonio, con base en la legislación civil mexicana; en la segunda, lo enmarca en el contexto del Derecho Internacional Privado; en la tercera, analiza la institución jurídica del divorcio y en la última parte destaca principalmente la probable efectividad de sentencias de divorcio dictadas en México en algunos otros ámbitos jurídicos, para concluir su análisis.

El maestro destaca en primer término, que la legislación civil mexicana no ha definido aún la institución del matrimonio, aún cuando la Constitución Política la ha concebido como un contrato civil.

Sin embargo, mucho se ha objetado dicha concepción en virtud de que el matrimonio engendra derechos y obligaciones que trascienden del sistema contractual. Por tanto, algunos tratadistas han logrado considerarlo como un estado jurídico entre los consortes que crea una situación jurídica permanente con consecuencias constantes.

Cita el maestro que históricamente hablando, el matrimonio ha tenido diversas concepciones jurídicas que, siguiendo a Castán Tobeñas, pueden clasificarse en diversos sistemas:

- a) Sistema del matrimonio como acto privado puramente consensual. (Derecho canónico anterior al Concilio de Trento, Inglaterra hasta el Estatuto de 1753).
- b) Sistema de forma exclusivamente religiosa (España hasta la ley de 1870)
- c) Sistema de forma religiosa preponderante y subsidiariamente la forma civil (España por orden del Ministerio de Justicia del 12 de marzo de 1941).
- d) Sistema de forma civil obligatoria.
- e) Sistema de libre elección de forma religiosa o civil.

Finalmente destaca que México se ha adherido al grupo de forma civil obligatoria.

A continuación el maestro señala que el matrimonio en México no es solo un acto jurídico formal sino solemne ya que el incumplimiento de los requisitos formales que la ley establece produce la inexistencia del acto, y define el matrimonio como "institución jurídica en tanto que es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad."

El maestro hace notar que el matrimonio es una institución en la que han influido la lucha entre la Iglesia y el Estado y aunque por mucho tiempo el derecho canónico definió la naturaleza del mismo como un sacramento solemne, el concepto laico de esta institución cobró gran importancia debido principalmente al protestantismo, las ideas de la Iglesia Anglicana y las del derecho natural. En México, desde el Código Civil de 1870, el Estado tomó a su cargo la regulación del matrimonio, por influencia de las Leyes de Reforma.

A continuación se cuestiona el maestro los efectos del matrimonio sobre el concepto de domicilio, estableciendo que normalmente el domicilio conyugal es el que de común acuerdo establecen los cónyuges para realizar las finalidades del matrimonio. Sin embargo, plantea que la prueba de la existencia del domicilio conyugal no es tan sencilla como pudiera creerse y más aún, después de la reforma del Código Civil llevada a cabo en 1953.

Expone el texto de los artículos conducentes, considerados antes de la mencionada reforma y de algunas ejecutorias de la Suprema Corte de Justicia, concluyendo los puntos siguientes:

- a) El domicilio conyugal debía establecerlo el esposo.
- b) El domicilio conyugal debía establecerse de hecho.
- c) No existiendo domicilio conyugal, ambos cónyuges adquirirían domicilio por separado.
- d) La mujer casada, ante la inexistencia del domicilio conyugal, adquiriría un domicilio propio.

Sin embargo, expone en detalle el cambio de criterios que deben seguirse al respecto después de la multicitada reforma de la ley, en virtud de que del texto del nuevo artículo 163 del Código Civil se deriva el problema de determinar quién tiene el derecho de exigir a quién, que se establezca en el domicilio conyugal. Por eso sugiere recurrir al Código de Procedimientos Civiles para dilucidar este punto. Finalmente concluye que el domicilio

conyugal debe establecerse de común acuerdo y que una vez establecido dicho domicilio el marido puede cambiarlo pudiendo rehusarse la esposa a ir a vivir a él, sólo si tiene causa justificada para ello.

Finalmente, señala que si la mujer que viviendo en el domicilio conyugal desee adquirir un domicilio propio sin consentimiento de su marido, para que no se le considere cónyuge abandonante debe solicitar su depósito por un juez de primera instancia.

Más adelante, en la segunda parte de este trabajo, el maestro analiza las normas de conflicto en materia civil en México así como la validez en el país, de matrimonio de extranjeros o de mexicanos en el extranjero.

Destaca que cuando se elaboró el Código Civil de 1928, la Comisión Redactora pretendió aceptar la teoría llamada de los estatutos, mediante la cual se reconocía que la ley personal debía regir el estado y capacidad de las personas.

Más adelante señala que no obstante lo sensato que resultaban las normas de conflicto en materia de estado y capacidad en proyecto, la Secretaría de Relaciones Exteriores las objetó y solicitó su modificación substancial, a lo que la Comisión redactora accedió.

Por tanto, actualmente se rige el estado y la capacidad de las personas por la ley mexicana, sin distinguir su nacionalidad, principio de territorialidad absoluta que es contrario a los principios de Derecho Internacional Privado.

A continuación el maestro enfatiza que en materia de estado y capacidad las normas de conflicto son muy diversas y destaca solamente los sistemas más conocidos y difundidos, entre los que se encuentran: el Sistema de Código Bustamante, el de los Tratados de Montevideo, el Sistema Nacional de tipo europeo y el Sistema Territorial.

En cuanto a la validez en México de matrimonio de extranjeros, señala que de acuerdo al principio consagrado en el artículo 15 del Código Civil, dichos matrimonios son reconocidos como válidos en México, a menos que el matrimonio sea contrario al principio monogámico, que es de orden público.

Por otra parte señala que a diferencia de lo que ocurre con extranjeros que contraen matrimonio fuera de la República Mexicana que se casan en el extranjero deben solicitar la transcripción del acta de celebración del matrimonio en el Registro Civil en que se domicilien los consortes.

En la tercera parte del ensayo, el maestro trata el tema del divorcio, señalando en primer término que éste puede consistir simplemente en la separación de cuerpos (suspensión legítima de la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos, sin poder contraer nuevas nupcias) o en la disolución del vínculo matrimonial por virtud del cual ambas partes quedan en libertad de volver a casarse.

A continuación el maestro destaca que en la comunidad jurídica internacional existen diversas concepciones sobre el divorcio y hace referencia a los principales sistemas que en esa materia se observan en la actualidad.

Enfatiza que en México se aceptó el divorcio vincular a partir de la Ley de Relaciones Familiares del 29 de diciembre de 1914 y por ende quedó contemplada tal situación en el Código Civil de 1928.

A continuación cita el maestro las causales del divorcio generalmente aceptadas y las específicas de algunos estados de la República.

Finalmente, en la cuarta parte del ensayo, analiza la figura jurídica del divorcio dentro del contexto del Derecho Internacional Privado, señalando que las reglas internacionales admitidas para determinar la competencia judicial en materia de divorcio son: la ley nacional de los cónyuges, la ley del domicilio conyugal y la ley del lugar de celebración del matrimonio.

En México, se establece en el Código de Procedimientos Civiles que por razón de territorio, es competente para conocer de los negocios de divorcio o de los juicios de nulidad del matrimonio el tribunal del domicilio conyugal.

Por otra parte, de acuerdo a diversas disposiciones procesales que rigen la competencia en México en materia de divorcio, el maestro destaca como reglas generales las siguientes:

a) Es competente el juez del domicilio conyugal cuando los esposos hayan vivido juntos hasta el momento de iniciarse el juicio relativo.

b) En ausencia de domicilio conyugal, será competente el juez del domicilio del demandado.

c) Finalmente, y como excepción a las dos reglas anteriores, es competente el juez del domicilio del acto cuando se invoque la causal de abandono de hogar.

A continuación el maestro trata el fenómeno jurídico denominado fraude a la ley aplicable a la materia de divorcio y cita varios casos resueltos por la jurisprudencia de diversos países.

Por otra parte menciona los llamados divorcios mexicanos, resaltando que por circunstancias especiales, México es conocido en la comunidad jurídica internacional por la facilidad que algunos de sus Estados dan para eludir la ley normalmente aplicable en materia de divorcio y analiza en forma general esta problemática.

Más adelante destaca una clasificación peculiar de los divorcios, emanada de los tribunales del Estado de Nueva York, definiendo cada uno de ellos.

Finalmente, siendo además la parte medular de este ensayo analiza el maestro la validez en el extranjero de sentencias de divorcio dictadas en México, citando algunos ámbitos jurídicos extraños, tales como el Estado de Nueva York, Estados Unidos en general, América Latina y algunos otros países de Europa Occidental.

EL CASO PATIÑO-BORBON A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En abril de 1961, con su acostumbrada amenidad, que en nada restaba claridad a su razonamiento, el Maestro dirige a la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, un artículo referido al caso del divorcio Patiño-Borbón, que por su complejidad incluso reconocida por la Tercera Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y (entonces) Territorios Federales, al confirmar la sentencia de divorcio dictada por el C. Juez Séptimo de lo Civil, mereció un minucioso análisis del Maestro e incluso llegó a ser, en su esencia, el reto que en sus clases lanzaba a los alumnos.

Preguntaba el Maestro: "¿qué ley va regir el divorcio en México de un boliviano domiciliado en nuestro país, casado con una española en Madrid, que establecen su domicilio primero en París y después en Nueva York, con capitulaciones matrimoniales declaradas nulas en España y válidas en Bolivia; y sin que la cónyuge se encuentre en México?".

En efecto, el boliviano Antenor Patiño, casado en Madrid con la española María Cristina de Borbón, después de diversas desavenencias llegó a México y demandó el divorcio necesario alegando, entre otras causales, el abandono de hogar para justificar la competencia de los tribunales mexicanos.

Con impecables argumentos jurídicos, el Maestro hace una crítica a la decisión de los tribunales de considerarse competentes en este caso, ya que señala cómo no basta la legislación común para reconocer el domicilio de las personas. El actor en el caso que nos ocupa entró al país con pasaporte diplomático y por tanto su estado debía regirse por la Ley General de Población que, en su artículo 69 no reconocía derechos de residencia a los diplomáticos y agentes consulares por el mero paso del tiempo.

Más adelante el Maestro señala la diferencia no reconocida por los tribunales, entre domicilio legal y domicilio conyugal, demostrando que, en rigor, éste último nunca debió ser reconocido como establecido en México.

Por último se refiere a la desacertada decisión del juzgador de aplicar al juicio de divorcio la ley sustantiva mexicana, expresando con sentido crítico que aún cuando el artículo 12 del Código Civil dispone que las leyes mexicanas, incluyendo las que se

refieran al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a nacionales y extranjeros, domiciliados o transeúntes en la República, esta disposición es en protección de los mexicanos y el interés de la Patria, y no un medio para que un extranjero, en nada vinculado con tales leyes mexicanas, obtenga una sentencia a su favor en perjuicio de otro extranjero, tan desvinculado como el primero de nuestro orden jurídico.

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

"Uno de los mayores problemas que afrontan las organizaciones comerciales internacionales, es el de revestir sus transacciones de una razonable certeza acerca de las normas y principios que deberán aplicarse para resolver cualquier disputa que se derive de la interpretación o cumplimiento de las cláusulas del contrato celebrado con nacionales de un país extranjero".

"Tales organizaciones se han resistido siempre a comparecer ante los tribunales ordinarios de dicho país, porque temen que sus derechos les sean desconocidos en beneficio de los intereses de sus nacionales, independientemente de que consideran los litigios ante los tribunales ordinarios, largos y costosos, y en consecuencia, contrarios a la simplicidad y rapidez con que deben manejarse las operaciones mercantiles en general. Es esta la razón de su preferencia por el arbitraje".

En este artículo el maestro estudia los antecedentes históricos del arbitraje comercial internacional; la caracterización del contrato de compromiso; los Sistemas Modernos de Arbitraje; y finalmente, el arbitraje al margen de la ley.

De cada uno de los puntos tratados destacaremos lo más notable.

PANORAMA HISTORICO

El juicio arbitral es tan antiguo como el Derecho Romano, afirma el maestro. En el Derecho Español también se incorporó la institución del arbitraje, según consta en el Fuero Juzgo en forma muy general. En el Fuero Real, la nueva recopilación y las Partidas, se trata en forma mucho más explícita el juicio arbitral.

Sin embargo, propiamente el arbitraje comercial internacional aparece a fines del siglo pasado, cobrando importancia en pleno Siglo XX.

El maestro destaca que esto se debe a que durante los siglos anteriores el advenimiento del Estado moderno y su nuevo concepto de soberanía territorial absoluta originó desconfianza en los procedimientos arbitrales.

El código alemán de procedimientos civiles de 1877 autorizó que las disputas futuras se sometieran a arbitraje.

En Francia, no fue sino hasta 1925, cuando la ley permitió el arbitraje para controversias futuras, limitado a contratos entre comerciantes o a contratos mercantiles.

En Inglaterra se promulgó la Ley de Arbitraje en 1889, dando plena efectividad a las cláusulas compromisorias en los convenios.

En Estados Unidos, las cláusulas compromisorias para someter a arbitraje tanto disputas presentes como futuras habían sido consideradas renovables, en el Derecho Común. Sin embargo el Estado de Nueva York adoptó en 1929 un modelo de ley emanado de la American Arbitration Society, la cual repudiaba tal revocabilidad. Desde 1926 existe la Ley de Arbitraje de los Estados Unidos relativas a cuestiones de Derecho Marítimo y Comercio Interestatal e Internacional, apegada a la ley del Estado de Nueva York a que se hizo referencia.

En México se cuenta desde 1889 con un Código de Comercio de aplicación federal, y aún vigente, que plasma una concepción privatista del proceso. En el campo civil, solamente en materia local se contienen normas sobre arbitraje, como es el caso del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal de 1884, como el vigente de

1932, el cual además, es de aplicación federal en algunas materias por disposición del artículo 50 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización.

Además del Código procesal Federal, los códigos de los Estados de Guanajuato y Tamaulipas no reconocen el arbitraje.

CARACTERIZACION DEL CONTRATO DE COMPROMISO.

El maestro declara que es importante determinar la naturaleza de la cláusula de arbitraje o cláusula compromisoria y del contrato de compromiso para decidir sobre su validez.

Las tendencias modernas de las normas de conflicto de leyes sostiene que la subsistencia del contrato debe regirse por su propia ley, en tanto que la parte procesal del mismo, por la *lex fori*.

Sin embargo, a pesar de las controversias que en torno a este punto se han suscitado, lo importante es destacar que los convenios de arbitraje deben proporcionar a las partes una cierta confianza en ellos, en virtud de la cual, sus derechos y obligaciones se rijan por una ley determinada, en lugar de admitir la posibilidad de que puedan sujetarse a cualquier ley que se invoque en un documento dado por su contraparte.

De hecho, no es suficiente caracterizar los convenios arbitrales como substanciales para resolver los problemas de conflictos de leyes que se presenten porque aún cuando se acuerde establecer un tribunal arbitral, debe determinarse la ley aplicable.

Por lo tanto, la caracterización de un convenio de arbitraje como sustancial o como procesal no resuelve ningún problema si no existe un acuerdo internacional que defina específicamente estos aspectos. Solamente cuando el compromiso sea válido por su propia ley y por la ley del foro y además, existan acuerdos que versen sobre aspectos de arbitraje internacional, existe la posibilidad de que dicho compromiso se ejecute.

SISTEMAS MODERNOS DE ARBITRAJE

El maestro menciona que las naciones han creado sistemas capaces de proporcionar formas expeditas de arreglo de disputas comerciales internacionales.

Señala que los principales Sistemas de Arbitraje, son los siguientes:

a) "El 24 de septiembre de 1923, bajo los auspicios de la Liga de las Naciones, el Protocolo de Ginebra sobre cláusulas compromisorias fue firmado por veintiseis Estados, con el propósito de facilitar el arbitraje internacional sobre cuestiones civiles y mercantiles".

En términos generales este Protocolo reconoce los acuerdos de las partes contratantes para someter al arbitraje disputas presentes y futuras, pero solamente en lo que se refiere a partes de diferentes Estados Contratantes.

El Sistema de Arbitraje Comercial Interamericano.

Este sistema fue creado en 1933 por la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, que en su resolución XLI dejó plasmada la base del sistema actual, que contempla la creación de un organismo comercial interamericano para representar los intereses comerciales de todas las naciones y para asumir la responsabilidad de establecer un sistema interamericano de arbitraje. Además se propuso un mínimo de reglas fundamentales en esta materia.

Arbitraje en México.

En México los procedimientos arbitrales están reconocidos por la ley, de manera que las controversias presentes o futuras pueden someterse a arbitraje.

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial.

El maestro destaca que esta Comisión se creó en 1934, adoptando una constitución, estatutos y reglas de procedimientos propios de un tribunal. La mayoría de los casos sometidos a dicha Comisión, se resolvieron por transacciones sugeridas por la misma a través de comunicaciones por correspondencia sin haber llegado a un procedimiento formal.

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos (un órgano de la Organización de Estados Americanos) aprobó un proyecto de la Ley Uniforme sobre Arbitraje Comercial Internacional en su Tercera Conferencia que tuvo lugar en la Ciudad de México en febrero de 1956.

Arbitraje al Margen de la Ley.

Las grandes empresas mercantiles han propugnado por un sistema de arbitraje al margen de la ley. Sin embargo éste ha ocasionado que los grandes consorcios mercantiles internacionales lo utilicen en su beneficio, usando a su arbitrio los poderes jurisdiccionales y disciplinarios, que en realidad sólo competen a las cortes de derecho.

Por otra parte, se ha sostenido que el arbitraje moderno es un instrumento de organizaciones comerciales monopolíticas, incompatible con los principios generales del derecho. Sin embargo, México sostuvo la postura de que el procedimiento arbitral debe ser una cuestión reservada más al derecho interno que al derecho internacional, en la Tercera Conferencia del Consejo Interamericano de Jurisconsultos.

Por lo tanto, el desarrollo del arbitraje comercial internacional debe lograrse dentro y no al margen del derecho, a fin de conservar su dignidad como institución jurídica reconocida.

NUEVAS TENDENCIAS DOCTRINALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

El maestro inicia su artículo estableciendo que cada Estado crea un derecho destinado a satisfacer las necesidades jurídicas dentro del territorio en que se asienta. Sin embargo señala que sólo si los Estados vivieran aisladamente el derecho nacional sería el único que regularía las relaciones jurídicas que dentro de su ámbito tuvieran lugar, pero que dado que muchas veces el fenómeno jurídico rebasa sus fronteras se crea una relación extranacional jurídica.

Cuando la relación jurídica internacional se da entre personas de derecho público, el derecho que debe regularla es el derecho internacional público pero cuando se da entre personas de derecho privado, surge la necesidad de que la regule el derecho internacional privado.

El maestro destaca que al respecto de la aplicación de los derechos nacionales distintos a una relación jurídica entre personas de diferente Estado, puede suceder que ambos derechos subsistan, lo cual negaría la existencia del Derecho Internacional Privado. A esta Escuela se le denomina territorialista del derecho y tiene dos postulados: que sólo es derecho el que emana del propio Estado y que en un Estado no hay más Derecho que el propio. El maestro señala que ambos postulados son falsos.

Por otra parte, podría suceder que la relación extranacional se regulara por el Derecho de uno u otro Estado, significando la disyuntiva "o", una diferencia radical entre una postura y otra. Esta respuesta la ha dado lo que se conoce con el nombre de escuela clásica del Derecho Internacional Privado.

Sin embargo esta Escuela sólo ha elaborado normas de conflictos de leyes y por eso se considera que es un sistema de normas formales y no materiales, entendiéndose por las primeras aquéllas que no resuelven un problema jurídico pero que indican con arreglo a qué ley debe resolverse. Y por las segundas, aquéllas que sí resuelven directamente dicho problema.

El maestro destaca que a pesar del arraigo de la escuela clásica en nuestros días, presenta importantes desventajas como es la de aplicar un derecho único pero inadecuado a una relación jurídica internacional.

Finalmente podría suceder que una relación extranacional no se rigiera ni por uno ni por otro derecho, sino por un tercero que reuniera normas materiales, dando origen a un derecho único y adecuado. Esta corriente se conoce con el nombre de Privatista, por considerar que el derecho que regula la relación extranacional debe ser un derecho privado de carácter internacional.

El maestro trata sobre la naturaleza jurídica del Derecho Privado Internacional, resumiendo que existen dos posturas para estudiar el problema de los órdenes jurídicos que prevalecen en una relación extranacional. Estas son: el dualismo, que reúne a los que sostienen que ambos órdenes jurídicos son esencialmente diversos e irreductibles y el monismo, que establece que uno de los dos es el supraordinado y el otro, el subordinado.

El maestro sostiene que el dualismo es una postura débil, ya que si ambos órdenes son independientes, serían, como consecuencia, igualmente autónomos, paralelamente válidos y recíprocamente ajenos.

Prefiere pensar que el orden jurídico es siempre uno, y que el internacional es reflejo del nacional o viceversa.

A continuación destaca que si se piensa que el derecho internacional privado es un derecho nacional, la naturaleza del mismo dependerá de si nos afiliamos a la postura clásica o a la privatista.

En el caso del Derecho Internacional Privado Nacional de acuerdo a la tesis clásica, cada Estado elabora las normas formales que establezcan qué derecho nacional deberá regular una relación extranacional dada.

El maestro sostiene que pese a lo defectuoso de la postura, esta situación se da actualmente al establecer el Estado sus propias normas formales de conflictos de leyes.

Por otra parte, a la luz del Derecho Internacional privado, de conformidad con la tesis privatista, se puede establecer que se basa en el derecho romano, dentro del cual convivía al lado del derecho civil (aplicable a ciudadanos romanos), el derecho de gentes (compuesto de normas materiales aplicables a los peregrinos o extranjeros).

De esta forma, se creaba un derecho especial y único aplicable a los extranjeros.

El maestro critica esta postura porque acepta que entonces deben existir tantos derechos privados internacionales como derechos nacionales existen.

A continuación se plantea el importante problema que se deriva de la aceptación de la existencia de normas de Derecho Internacional Privado de carácter supranacional, al cuestionarse en qué forma y por qué organismo supranacional podría imponerse a los Estados la adopción de las normas de dicho orden jurídico, ya fueran materiales o formales. Pero sólo hasta que los Estados estuvieran de acuerdo en la elaboración de normas de Derecho Internacional Privado de carácter supranacional, sin que éstas menoscabaran su soberanía, podrían hacerse exigibles.

Sostiene además que ya los Estados están convencidos de ello y de ahí que existan tantos tratados internacionales.

Concluye, no obstante, que en la actualidad el Derecho Internacional es realmente nacional y que en la mayoría de los casos se encuentra integrado por normas formales.

A continuación el maestro estudia las fuentes del Derecho Privado Internacional, en virtud de que las nuevas tendencias doctrinarias han influido en esta materia.

Señala que las llamadas fuentes normativas, de acuerdo con las teorías de Alfonsín, son la sociedad nacional y la internacional. Si la fuente normativa fuera la sociedad nacional, el derecho internacional se compondría de normas que tendieran a proteger primordialmente los intereses nacionales de una relación extranacional. Por el contrario, si la fuente normativa fuese la sociedad internacional, los intereses que tutelara no serían los individuales de cada Estado sino los del comercio jurídico extranacional.

Este Derecho ya no sería potestativo sino obligatorio para los Estados Nacionales.

Más adelante menciona las fuentes formales del Derecho Internacional Privado, que son la ley, la jurisprudencia y la costumbre y desarrolla sus rasgos fundamentales.

Se cuestiona, a continuación cuál es la razón jurídica de la vigencia y contenido de las normas de derecho internacional de carácter nacional y la resume en los puntos siguientes: la utilidad, una idea de justicia, la *commitas gentium* y la reciprocidad.

Asimismo establece que el fundamento del Derecho Privado Internacional supranacional en su concepción clásica, es precisamente el Derecho Internacional Público y expone los razonamientos que llevan a dicha conclusión; señala las razones por las que dicha conclusión es engañosa.

Finalmente destaca que en cuanto al fundamento del Derecho Internacional Privado supranacional en su concepción privatista, las normas que tienen por función proveer de derecho privado a las relaciones jurídicas extranacionales se fundan en el consenso de la sociedad internacional, no la de los Estados sino la de los individuos.

Señala que las nuevas tendencias no están de acuerdo con denominar al Derecho materia de este ensayo con el nombre de internacional privado porque podría parecer que versa sobre un derecho internacional de carácter privado, lo que parecería propio de la tesis clásica.

Por ello sostiene que prefieren el nombre Derecho Privado Internacional por ser un derecho privado común a todos los pueblos y compuesto de normas sustantivas.

Finalmente sostiene que el Derecho Privado Internacional está urgido de una revisión de sus principios, normas y sistemas para adecuarlo a la actual realidad internacional.

CONTROL ESTATAL DE LA VENTA PUBLICA DE VALORES EN MEXICO.

El Maestro inicia su ensayo, enfatizando que aún cuando está consciente de que el Seminario en el que participa tiene como fin primordial cubrir los aspectos jurídico-prácticos de la oferta y venta pública de valores en México, no puede desvincular estos aspectos de sus causas políticas, económicas y sociales.

Se plantea la cuestión del por qué en México se adolece de un mercado de valores débil y relativamente limitado, mencionando que los economistas destacan algunas razones sobresalientes, como la desigualdad existente entre el mercado de dinero y el mercado de capitales en cuanto a tasas de rendimiento, el temor presente de una devaluación monetaria o finalmente, la poca o nula capacidad de ahorro del pueblo.

El Maestro señala que no obstante estas razones, en México se han experimentado cambios básicos en su estructura económica en los últimos veinte años que permitan abrigar esperanzas de que pronto el mercado de capitales reciba un impulso de importancia.

A continuación el maestro destaca los antecedentes de la Comisión Nacional de valores, la cual se establece por decreto el 16 de abril de 1946, que dispone que estaría integrada por representantes de los Ministerios de Hacienda y Economía, del Banco de México, de Nacional Financiera, de la Bolsa de Valores de México, de la Asociación de Banqueros de México y posteriormente, del Banco Nacional Hipotecario Urbano y de Obras Públicas.

En plenas funciones, se promulgó en 1953, una nueva ley que es la que rige sus actividades hasta la fecha.

A continuación el Maestro menciona las funciones de dicha Comisión, con base en la Ley comentada, destacando y haciendo las siguientes observaciones:

a) La aprobación para la inscripción en bolsas de títulos o valores.

Resalta en primer lugar lo que se entiende por valores, con base en la ley mexicana, los cuales son considerados no sólo como los títulos representativos de una participación en

el capital de la empresa o de un crédito a cargo de ella, sino también los certificados provisionales de dichos títulos y los ejemplares del programa o prospecto para la creación de sociedades anónimas por suscripción pública. Asimismo, señala que también son considerados como valores los títulos representativos de obligaciones o prestaciones a cargo de toda clase de personas morales o físicas, emitidos también en serie, los que representen el derecho de prenda, cuando el depósito haya sido constituido en almacenes generales o en instituciones de crédito auxiliares. Finalmente, lo son también los cupones para el cobro de intereses o dividendos y los títulos representativos de mercaderías, de fondos pecuniarios o de servicios.

El Maestro señala que para efectos de esta ley, todos los títulos anteriormente detallados son valores, sin considerar su lugar de emisión.

Destaca también que la filosofía que inspiró la ley que creó la Comisión Nacional de Valores se refiere a que en ningún momento sustituye dicha Comisión, el cuidado que debe tener el inversionista para comprar o invertir su dinero en valores.

En todo caso, la obra del Estado debe concretarse a verificar que las empresas y los valores que emitan estén acordes con los ordenamientos legales aplicables así como que su situación financiera sea normal.

El Maestro señala que la Comisión Nacional de Valores ha ido estableciendo ciertos requisitos que en materia de acciones tienden, en general, a colocar al accionista minoritario en una situación de igualdad en cuanto a sus derechos, respecto del accionista mayoritario.

Sin embargo, el Maestro destaca que en México, los capitalistas prefieren recurrir al crédito en lugar de incrementar su capital.

Solamente de esta forma, consiguen seguir controlando las empresas sin ninguna intervención externa y al mismo tiempo, cuentan con los recursos que les permiten llevar a cabo su expansión. Por estos motivos, el mercado de acciones en México ha sido reducido.

Por otra parte, en lo referente a emisión de obligaciones en moneda extranjera, la ley monetaria admite la posibilidad de contraer responsabilidades en dicha moneda. La CNV ha resuelto que la emisión de obligaciones en moneda extranjera, aunque no está prohibida por la ley, podría causar efectos desfavorables en sentido económico.

El Maestro señala que toda sociedad que coloca sus valores en el mercado tiene obligación de dar a conocer públicamente su situación financiera por lo que la CNV ha exigido que el balance de dichas sociedades se publique en forma completa.

A continuación el maestro explica en detalle el trámite a seguir para inscribir los valores en la Bolsa.

b) La suspensión de cotización de valores en bolsa.

El Maestro destaca que la cancelación o suspensión de la cotización de un valor registrado en Bolsa puede deberse al deseo de la propia empresa o sociedad emisora o puede ser una medida del Estado para evitar ciertos males al público inversionista.

A continuación señala brevemente el procedimiento de cancelación del registro de un valor, llevado a cabo a solicitud de una empresa emisora, u ordenado por el Estado, enfatizando que la CNV autoriza el retiro de un valor registrado cuando encuentra que no existe interés económico para que se siga cotizando un valor dado en la Bolsa.

c) Aprobación de ofrecimiento al público, de valores no registrados en bolsa.

El Maestro reitera que hasta antes de 1939, el ofrecimiento de valores no estaba, en México, condicionado a disposición legal alguna, hasta que se creó la CNV, tendiente a reglamentar cualquier oferta que se realice en esta materia, no solamente de acciones o bonos, sino de cualquier tipo de valores.

De esta forma, el Maestro enuncia el procedimiento para realizar una oferta de valores al público en un mercado abierto y enfatiza las funciones de la CNV para controlar dicho procedimiento.

d) Aprobación del ofrecimiento de valores mexicanos para su venta en el extranjero.

El Maestro destaca que una de las funciones más importantes de la CNV es la de aprobar el ofrecimiento de valores emitidos en México para su venta en el extranjero, facultad relacionada con los controles que México ha establecido a la inversión extranjera. De esta forma, procede a desarrollar los puntos relevantes de la legislación de esta materia, destacando que aún cuando México tiene abiertas sus puertas al capital extranjero, en ningún caso puede reclamar un tratamiento preferencial sobre el capital mexicano.

e) Aprobación del ofrecimiento de valores emitidos en el extranjero para su venta en México.

La CNV se encarga de aprobar el ofrecimiento de títulos emitidos en el extranjero para su venta en México y para ello sujeta a los valores de que se trata a un examen que tiende a alcanzar una doble finalidad: comprobar su legalidad y determinar la conveniencia financiera y económica de que se vendan en México.

A continuación expone lo que la Ley de Títulos y Operaciones de Crédito establece en su capítulo dedicado a la aplicación de la ley extranjera dentro del territorio nacional y analiza en detalle el procedimiento establecido por la CNV en esta materia.

Asimismo, menciona la existencia del Registro Nacional de Valores dentro de la CNV en donde se registran todas las emisiones de valores aprobadas por la propia Comisión y es público porque cualquier persona puede acudir a él para obtener los datos que requiera.

Finalmente el Maestro concluye que México ha puesto en marcha todo un mecanismo gubernamental que tiende no sólo a proteger al inversionista contra la compra de valores emitidos con intenciones fraudulentas sino también para proteger la economía del país procurando canalizar los recursos de mercado de capitales hacia actividades sanas.

Termina su exposición afirmando que todos los esfuerzos que se han realizado para alcanzar un fuerte mercado de valores en México, han sido dentro de un marco legal que impida un desarrollo anárquico del mismo.

NUEVAS TENDENCIAS DOCTRINALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por el Lic. Jorge A. Carrillo,
Profesor de la Facultad de Derecho
de la U. N. A. M

La realidad jurídica inmediata, apreciable directamente por todos, es el derecho nacional.

Cada Estado, a través de sus órganos, crea un derecho destinado a satisfacer las necesidades jurídicas dentro del territorio en que se asienta. Ya se trate de un derecho escrito, ya de un derecho consuetudinario o jurisprudencial, el derecho nacional tiene por objeto inmediato la relación jurídica nacional, como le llama Alfonsín,¹ o el fenómeno jurídico nacional como prefiero llamarlo, porque el término relación sugiere una idea de bilateralidad, y en aspectos tales como la capacidad de las personas, la idea de bilateralidad no se presenta, y sin embargo el derecho nacional se ocupa de ella.

Ahora bien, si los Estados vivieran aislados, el derecho nacional sería suficiente para regular el fenómeno jurídico, ya que éste, invariablemente, sería nacional también. Pero es un hecho evidente, que cada vez con mayor frecuencia, el fenómeno jurídico a menudo no se limita a los confines territoriales del Estado, sino que rebasa sus fronteras. Los Estados

1 ALFONSÍN, Quintín. *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955, p. 12.

entran en contacto directamente como personas soberanas de derecho público, y además los nacionales de un Estado entran en contacto con nacionales de otro, creándose la relación extranacional jurídica.²

Cuando la relación jurídica internacional se da entre personas de derecho público, el derecho que debe regularla es el derecho internacional público³. Pero cuando la relación jurídica extranacional (a la cual llama Alfonsín así como para diferenciarla de la anterior)⁴, se da entre personas de derecho privado, surge la necesidad de que sea un derecho *ad-hoc* el que la regule, y éste ha sido tradicionalmente el derecho internacional privado, al que una vigorosa corriente moderna llama, con mayor propiedad, derecho privado internacional.⁵

Como ejemplos típicos de relaciones extranacionales tenemos los siguientes:

Una persona del Estado A se traslada al Estado B. ¿Por cuál ley va a regirse su capacidad? Se podría contestar que por la del Estado A, ya que si bien está en B, es de A. Pero también podría contestarse que por la del Estado B, ya que si bien es de A está en B.

Un bien mueble del Estado A se lleva al Estado B. ¿Por cuál de las dos leyes se regirá su prescripción?

Una persona del Estado A contrae matrimonio con una del Estado B. ¿Por cuál ley se regirán las relaciones matrimoniales?⁶

Así pues, la existencia del fenómeno jurídico extranacional ha dado origen al derecho privado internacional.

Ahora bien, si las relaciones extranacionales son jurídicas, algún derecho debe regularlas.

Es imposible poner en tela de duda que estas relaciones son jurídicas, puesto que en primer término son expresión de un tráfico regular que sólo puede subsistir si es tutelado por el derecho. Además las relaciones extranacionales permiten prever sus efectos, lo cual sólo puede ocurrir si están sujetas a un orden normativo. Finalmente, engendran derechos y obligaciones coercibles; típico producto del derecho.

En consecuencia, repetimos, algún derecho debe regularlas; ¿pero cuál es ese derecho?

Tres son las respuestas posibles a esta pregunta:

- 1).- La relación extranacional debe regularse por los derechos de A y de B.
- 2).- La relación extranacional debe regularse por un derecho que es el de A o el de B.
- 3).- La relación extranacional debe regularse por un derecho que no es el de A ni el de B.

Diversas concepciones del Derecho Privado Internacional

Según la respuesta que se escoja de las tres anteriormente citadas, variará el concepto que se tenga de esta rama del Derecho.

Si se escoge la primera, el Derecho Privado internacional no existirá y sólo subsistirán los órdenes jurídicos nacionales.

A esta escuela se la ha llamado la escuela territorialista del derecho.⁷ Sus postulados fundamentales son dos:

- 1) Sólo es derecho el que emana del propio Estado.
- 2) En un Estado no hay más derecho que el propio.

² Ibid.

³ VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid 1957: "Entre los sujetos del Derecho Internacional se destacan aquellos que no sólo reciben de él derechos y asumen ante él deberes, sino que además poseen la facultad de cooperar directamente a la creación del Derecho Internacional. En principio sólo desempeñan este papel activo los Estados soberanos, algunas uniones de Estados y, en parte, también la Iglesia católica"; p. 88.

⁴ ALFONSIN, op. cit., p. 12.

⁵ Véase Jitta, J., *Método de Derecho Internacional Privado*, La España Moderna, Madrid, pp. 7-8 y Alfonsín, op. cit., p. 46. "¿Derecho Internacional Privado o Derecho Privado Internacional?".

⁶ ALFONSIN, op. cit., pp. 13 y ss.

⁷ CHESHIRE, G.C. *Private International Law*. Sixth Edition, 1961. Oxford at the Clarendon Press, p. 21-22.

De aquí el nombre de territorialista de esta escuela, ya que su efecto inmediato es la territorialización al igual que la estatificación del derecho.

Territorializa al derecho porque al declarar que en un Estado no hay más derecho que el propio, implícitamente se afirma que el derecho propio no es derecho fuera del Estado.

Si en el Estado A sólo es derecho el de A y en el Estado B sólo es derecho el de B, implícitamente se está afirmando que en el Estado B *no* es derecho el de A, y en el Estado A *no* es derecho el de B.

Estatifica al derecho porque supone que sólo el Estado es capaz de crear derecho, ya que el derecho elaborado fuera del Estado *no* es derecho.

Los postulados creemos que son falsos.

En primer lugar, el sentido común nos indica que no es posible afirmar que sólo el derecho de México es derecho, y que el derecho de los demás Estados no lo es.

En segundo lugar, el testimonio histórico al igual que la lógica nos demuestra que el derecho *no* es un producto del Estado, sino antes bien al contrario, el Estado es un producto jurídico.

Pero bajando un poco nuestras miras y limitándonos a nuestra materia, investiguemos si la escuela territorialista proporciona un régimen jurídico propio de la relación jurídica extranacional.

La escuela territorialista nos dice que en A sólo es derecho el derecho de A, y en B sólo es el de B. Que en caso de darse una relación extranacional entre A y B, en A se regularía por el derecho de A y en B por el de B.

Semejante respuesta contradice el principio de unicidad de cualquier régimen jurídico.

Si la relación nacional se rige por un derecho único, la relación extranacional deberá regirse por un derecho único también, ya que ambas son igualmente jurídicas. Admitir que una misma relación pueda regirse por dos derechos simultáneamente es negar el principio lógico de contradicción.

Además, se violaría también dicho principio, al admitir que una cosa pueda ser y dejar de ser al mismo tiempo. Efectivamente, si la relación extranacional va a regirse simultáneamente por los derechos de A y de B, y ambos disponen cosas contradictorias, el fenómeno jurídico extranacional podría ser y dejar de ser al mismo tiempo.

No obstante lo absurda que resulta esta posición, algunos Estados modernos ya en sus leyes,⁸ ya en sus resoluciones judiciales,⁹ siguen sosteniendo esta postura, al ignorar completamente las normas de Derecho Privado Internacional de carácter supranacional que la doctrina ha elaborado con tanto esmero.

La segunda de las respuestas que se dieron en párrafos precedentes dice que la relación extranacional debe regularse por el derecho de A o por el de B.

En este caso la conjunción disyuntiva o establece una diferencia radical entre una postura y otra.

Esta respuesta la ha dado lo que se conoce con el nombre de escuela clásica del Derecho Internacional Privado.¹⁰

El rigor territorialista de la escuela que lleva este nombre, hubo necesariamente de atenuarse y permitir que en ciertos casos el derecho de A siguiera siendo derecho en B y pudiera aplicarse en B a un caso específicamente determinado.

Por esta razón la escuela clásica se dice que ha elaborado sólo normas de conflictos de leyes, al echarse a cuestras la tarea de crear las reglas que ante la posibilidad de aplicar a una misma relación dos o más sistemas jurídicos, escogen sólo uno.

8 Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, 1928, art. 12.

9 Sobre el particular consúltese el estudio de Roberto McLean sobre los efectos de la extraterritorialidad de las sentencias. Boletín del Instituto de Derecho Comparado. Núm. 47. Mayo-Agosto de 1963. pp. 325 a 351.

10 ALFONSIN, op. cit., pp. 16 a 21

La escuela clásica, pues, ha hecho del derecho internacional privado un sistema de normas formales y no materiales.¹¹

Norma formal es aquella que no resuelve un problema jurídico, pero que indica con arreglo a qué ley debe resolverse. Norma material es la que sí resuelve directamente dicho problema. Una norma formal por ejemplo, es aquella que dice que la mayoría de edad se adquiere de acuerdo con lo que disponga la ley nacional del individuo de que se trate, lo que la doctrina conoce con el nombre de *lex patriae*. Una norma material, en cambio, dispone que la mayoría de edad se adquiere a los 21 años.

Actualmente, la escuela clásica es la que mayor arraigo tiene en los diversos sistemas jurídicos. Tanto es así que en los países anglosajones la materia se estudia bajo el nombre de "Conflictos de Leyes"¹² y su objeto se construye a establecer las normas o principios según los cuales debe escogerse entre una ley u otra en toda relación extranacional.¹³

La escuela clásica, no obstante su indudable arraigo y las ventajas que produce al fijar para el fenómeno extranacional un derecho único, tiene también sus desventajas.

El derecho nacional ha sido creado para regular fenómenos jurídicos nacionales. Cada Estado, según sus necesidades, ha creado un derecho destinado a resolver los problemas jurídicos propios y característicos de él. Pero la relación extranacional no ha sido tomada en cuenta específicamente por el legislador nacional.

En consecuencia, si aplicamos al fenómeno jurídico extranacional un derecho nacional, le estaremos aplicando un derecho único pero inadecuado. En derecho interno, esta inadecuación salta a la vista. El menor está sujeto a un sistema penal que no es el mismo que el del adulto. Si aplicáramos el derecho penal ordinario a los menores, estaríamos usando un sistema jurídico inadecuado que no produciría los frutos que el legislador tuvo en cuenta cuando lo elaboró. Lo mismo sucede cuando al fenómeno jurídico extranacional, le aplicamos un derecho nacional. Dicho fenómeno quedará sujeto a reglas que no fueron hechas para él y en consecuencia su regulación será inadecuada con los trastornos consiguientes para los sujetos del fenómeno en particular y para todo el orden jurídico en general.

La tercera de las respuestas que venimos considerando dice que la relación extranacional debe regirse por un derecho que no es ni el de A ni el de B. La relación extranacional tendrá, en esta forma, un derecho único y adecuado que la regule; tal y como lo tiene la relación nacional.¹⁴

Esta respuesta la da una de las escuelas más avanzadas en nuestra materia, escuela que recibe el nombre de "Privatista" por considerar que el derecho que regule la relación extranacional debe ser un derecho privado de carácter internacional, compuesto no ya de normas formales sino de normas materiales como las del derecho privado nacional.

Infortunadamente, la escuela privatista no expresa con la claridad que fuera de desearse, a cargo de quién debe correr la elaboración de este derecho, y tan sólo se limita a mencionar que las disposiciones materiales que lo forman, por lo menos en la actualidad, se encuentran dispersas en tratados, disposiciones consuetudinarias, etc., estando lejano el día en que este derecho se aglutine en un cuerpo de leyes a la manera de los cuerpos de leyes nacionales.¹⁵

11 ALFONSIN, op. cit. pp. 367 a 370.

12 Por lo menos tal cosa sucede en los Estados Unidos y en Canadá. Inglaterra sigue usando la denominación tradicional de *Private International Law*.

13 Vivo ejemplo de esto es el *Restatement of the Law of the Conflict of Laws*, aprobado y adoptado por el American Law Institute de los Estados Unidos en 1934.

14 ALFONSIN, op. cit. p. 40.

15 Así se citan, por ejemplo, las Reglas de York Amberes; las Prácticas y Usos Uniformes en materia de Cartas Comerciales de Crédito; los estatutos sobre arbitraje comercial internacional que tiene en vigor la Cámara de Comercio Internacional, etc.

Naturaleza Jurídica del Derecho Privado Internacional.

Si aceptamos que orden jurídico es todo sistema de normas jurídicas con unidad de validez, existen por lo menos dos clases de órdenes jurídicos: el nacional y el internacional.

Recordemos que los tratadistas se dividen sobre este problema, en tres grupos diversos.¹⁶

Los que sostienen la postura dualista, es decir, los que sostienen que ambos órdenes son esencialmente diversos e irreductibles. Y los que sostienen la postura monista, es decir, la postura que dice que uno de los dos es el supraordinado y el otro el subordinado, existiendo el monismo nacional y el monismo internacional, según se defina qué orden supraordina al otro.

El dualismo nos parece una postura un tanto débil, ya que si ambos órdenes son independientes, serán, como consecuencia, igualmente autónomos, paralelamente válidos y recíprocamente ajenos.¹⁷ Por lo que nos volvemos a enfrentar a la violación del principio de contradicción, al admitir que lo que es jurídico en el orden nacional es antijurídico en el internacional, con todas las consecuencias que semejante postura lleva aparejada.

Prefiero pensar que el orden jurídico es siempre uno, y que el internacional es reflejo del nacional o viceversa, postura ésta que no encierra defectos tan marcados como la anterior.

Ahora bien, si pensamos que el derecho internacional privado es un derecho nacional, la naturaleza del mismo dependerá de si nos afiliamos a la postura clásica o a la privatista.

Derecho Internacional Privado Nacional según la postura clásica.- De acuerdo con esta postura, cada Estado elaborará las normas formales que permitan en cada caso saber qué derecho nacional deberá regular una relación extranacional dada. A los defectos ya apuntados de aplicar a una relación extranacional un derecho nacional que no fue creado para ella, debemos agregar que semejante postura convierte a cada Estado en árbitro absoluto para alocar la competencia de los derechos nacionales. Cada Estado decide por sí y ante sí qué ley debe regular una relación extranacional, y retira u otorga competencia a su arbitrio a las leyes de los demás Estados. Con todo lo defectuoso de la postura, recalquemos que esto es precisamente lo que sucede en la actualidad. Cada Estado tiene sus propias normas formales de conflictos de leyes y las aplica según principios de orden interno, por lo que prácticamente existen tantos derechos internacionales privados como Estados cubren el globo.¹⁸

Derecho Internacional Privado Nacional según la tesis privatista.- Se basa históricamente esta postura en el derecho romano: en Roma convivía al lado del derecho civil, aplicable sólo a los ciudadanos romanos, el derecho de gentes, compuesto con normas materiales que se aplicaban a los peregrinos, es decir, a los extranjeros, los cuales al no poder quedar sujetos al derecho civil, quedaban por necesidad sujetos a un derecho propio de ellos que se conoció con el nombre de *jus gentium* y cuya elaboración y aplicación, quedó a cargo, en un momento dado, del funcionario romano que llevaba el nombre de pretor peregrino.¹⁹

Así se piensa que los Estados deberían elaborar, al lado de su derecho nacional, un derecho material privado internacional que regulara todas las relaciones extranacionales que se presentaran en un momento determinado dentro de su territorio.

Esta postura es criticable en tanto que acepta de antemano que deben existir tantos derechos privados internacionales como derechos nacionales existen, con el resultado

16 SEPULVEDA, César, *Curso de Derecho Internacional Público*, México 1960, pp. 59 y ss.

17 ALFONSIN, op. cit., 27.

18 Aunque en América Latina están en vigor, en algunos Estados, el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo de 1889-1890 y 1939-1940, se sigue legislando unilateralmente al respecto, y en muchas ocasiones en contradicción con estos instrumentos internacionales. Véase por ejemplo, el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, elaborado en este año de 1963 por el Ministerio de Justicia de la República de Venezuela, Caracas 1963.

19 PETIT, Eugenio, *Derecho Romano*, Madrid 1949.

consiguiente de admitir la posibilidad de coexistencia de normas materiales contradictorias que en nada ayudarían a regular la relación extranacional, ya que ésta estaría sujeta al derecho privado internacional del Estado que en un momento conociera de ella, regulándola posiblemente en forma diferente de lo que lo haría el Estado que estuviera en el otro extremo de la relación extranacional.

Ahora bien, si pensamos que el Derecho Privado Internacional debe ser de carácter supranacional, su naturaleza variará también si consideramos que deben integrarse por normas formales o por normas materiales; pero la esencia del problema radicará en lo siguiente: ¿En qué forma o por qué organismo supranacional podrá imponerse a los Estados la adopción de las normas de Derecho Privado Internacional, sean éstas formales o materiales? ¿Cómo podrá imponerse coercitivamente a un Estado la elaboración de normas de Derecho Privado Internacional sin su previo consentimiento?

En verdad, la existencia de un Derecho Privado Internacional supranacional es, en el estado actual del derecho, un desideratum que podría realizarse sólo cuando los tratadistas, previamente puestos de acuerdo, logran convencer a los gobiernos de los Estados nacionales que la elaboración de normas de Derecho Privado Internacional de carácter supranacional en nada menoscaba la soberanía de ellos, en la misma forma en que nada menoscaba la libertad jurídica del individuo la obediencia a las leyes.

Ya los Estados están convencidos de que debe existir un Derecho Privado Internacional supranacional, prueba de ello es la infinidad de tratados internacionales que existen para regular en forma conjunta situaciones extranacionales;²⁰ pero en la actualidad, repetimos, el Derecho Privado Internacional es nacional y en la mayoría de los casos se encuentra integrado por normas formales.

Fuentes del Derecho Privado Internacional.

También las nuevas tendencias doctrinarias han venido a influir en este aspecto del derecho internacional privado.

Además del concepto ya conocido de fuentes del derecho, es decir, como medios de expresión de la norma jurídica,²¹ a las cuales se les conoce como fuentes formales; se debe considerar otro tipo distinto de fuentes que Alfonsín conoce como fuentes normativas.²²

Las fuentes normativas, nos dice el ilustre tratadista, no pueden ser sino dos: la sociedad nacional y la sociedad internacional.

Si la fuente normativa del derecho privado internacional es la sociedad nacional, éste se compondrá de normas que tienden a proteger primordialmente los intereses nacionales en la relación extranacional. En esta forma, el derecho privado internacional se nos mostrará siempre como una parte del derecho nacional, creado, al igual que éste, para satisfacer necesidades nacionales. Así se explica, por ejemplo, que los Estados de inmigración pretendan dar preponderancias a la *lex domicilii* sobre la *lex patriae*, con el propósito de sujetar a todos los habitantes del país a una sola ley. Por el contrario, los Estados de emigración preferirán la *lex patriae* sobre la del domicilio, para continuar sujetando a su sistema jurídico a sus nacionales que se encuentran en el extranjero.²³

20 Tratados de Montevideo de 1889-1890 y 1939-1940; Tratados adoptados por el Primer Congreso Jurídico Centroamericano de 1897; Tratados adoptados por el Congreso Bolivariano reunido en Caracas en 1911, con representantes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; Código Bustamante de 1928; Conferencias de La Haya; sobre matrimonio, tutela, procedimiento civil, quiebra, sucesiones, testamentos y donaciones de 1894; sobre conflictos de leyes en materia de matrimonio, en materia de divorcio y separación de cuerpos, en materia de tutela de menores de 1902, y muchos más firmados en esa ciudad hasta nuestros días.

21 GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*.

22 ALFONSÍN, op. cit., pp. 36 y ss.

23 Afortunadamente esta tendencia va recediendo y la ley del domicilio prepondera sobre la ley nacional.

Obvio es decir que si la fuente normativa del derecho privado internacional es la sociedad nacional, habrá tantos derechos privados internacionales como Estados existen.

Por el contrario, si la fuente del derecho privado internacional es la sociedad internacional, en el sentido en que se define más adelante, los intereses que tutele no serán los individuales de cada Estado, sino los intereses mismos del comercio jurídico extranacional. Así se propenderá a un desarrollo armónico y equitativo de este comercio jurídico, con el consiguiente beneficio para la comunidad jurídica internacional, la cual logrará tener un derecho propio para las relaciones extranacionales que tome en cuenta sus propias características, y no las características individuales de cada Estado.

De llegarse a elaborar un Derecho Privado Internacional que tuviere como fuente normativa la sociedad internacional, éste sería no ya potestativo sino obligatorio para los Estados nacionales.

Por lo que se refiere a las fuentes formales del derecho privado internacional, recordemos que se dividen, en la actualidad, en fuentes formales nacionales y fuentes formales internacionales.²⁴

Fuentes formales nacionales. - Niboyet considera que son tres: la ley, la jurisprudencia y la costumbre. La más importante de ellas, para nosotros, es la ley, ya que es en los códigos nacionales en donde encontramos con mayor profusión (o tal vez deberíamos decir, con menor escasez) disposiciones de derecho privado internacional.

La jurisprudencia, por lo menos en los Estados de derecho estatutario, es sólo un apéndice de la ley; ya que su misión es sólo interpretar lo que ya existe, y en ninguna forma crear derecho nuevo. En cambio, en los Estados de derecho jurisprudencial, esta fuente ocupa tal vez un lugar superior a la ley misma.²⁵

Finalmente, la costumbre es una muy dudosa fuente formal de nuestro derecho, puesto que si no existe una previa disposición legal que autorice a considerarla, la costumbre por sí misma no opera.

Fuentes formales internacionales. - El propio Niboyet considera que son tres también: los tratados internacionales, la jurisprudencia internacional y la costumbre internacional.²⁶

Los tratados internacionales son los que más se aproximan a lo que las corrientes modernas de nuestra materia llaman un derecho privado internacional supranacional. Cuando sus disposiciones son materiales, se convierten en el derecho propio de la relación extranacional.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que nuestro país, al reformar en 1934 el artículo 133 de la Constitución Federal, subordinó, por lo menos gramaticalmente, los tratados a la Carta Fundamental. Efectivamente, el texto original del artículo citado era como sigue (en su parte conducente):

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos y que se hicieron por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión..."²⁷

A partir del 18 de enero de 1934, el texto quedó en la siguiente forma:

"Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados QUE ESTEN DE ACUERDO CON LA MISMA, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión..."²⁸

24 NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, París, Tomo I, 2a ed. 1947

25 Sobre el particular, conviene leer el prefacio a la primera edición de la obra *Private International Law* de G.C. CHESHIRE que aparece reproducido en la obra citada en la nota número 7 de este ensayo.

26 Ibid.

27 Constitución Política Mexicana; Ediciones Andrade, México, D.F., p. 151

28 Idem, p. 110 - 4 bis - 1^o va

Pero, como apunta con toda propiedad el maestro César Sepúlveda, en su obra *Derecho Internacional Público*,²⁹ "el examen de la práctica mexicana revela que no ha existido ninguna norma que trate de limitar el cumplimiento de un tratado internacional, ni la jurisprudencia mexicana se ha encaminado, en caso alguno, a colocar la Constitución por encima de los tratados. También es cierto que el Estado Mexicano ha cumplido con toda fidelidad sus obligaciones resultantes del orden jurídico internacional, aún cuando con ello se afecten algunos intereses internos. La consecuencia lógica es, pues, que en lo general ha privado el Derecho Internacional por encima del orden estatal mexicano"

Por lo que se refiere a la jurisprudencia internacional, debemos decir que en materia de derecho privado internacional su importancia es bastante relativa, ya que como es bien sabido, ante las cortes internacionales litigan normalmente Estados y no individuos.³⁰ Los laudos dictados por las comisiones mixtas de reclamaciones, sin embargo, contienen algunas veces sanos principios de derecho internacional privado; pero es discutible hasta qué grado puedan sentar "jurisprudencia", dichos laudos.

Finalmente, la costumbre internacional sí se hace presente en algunos casos, sobre todo en materia judicial, en donde con cierta frecuencia se ve que, con base principalmente en la costumbre, se atiendan exhortos y suplicatorios de procedencia extranjera.³¹

Fundamento del Derecho Privado Internacional. - La realidad nos demuestra que ya se trate de normas de derecho nacional o de normas de derecho internacional, nuestra materia existe formando parte del derecho positivo de los países. Importa indagar, pues, cuál es la razón jurídica de la vigencia y contenido de dichas normas.³²

Fundamento del Derecho Privado Internacional de carácter nacional. - Un Estado, al crear normas de Derecho Privado Internacional, puede estar inspirado por estas razones fundamentales:

a) *La utilidad.* - Puede el Estado considerar que le resulta conveniente o práctico tener disposiciones que se apliquen a relaciones jurídicas extranacionales, ya sea para proteger, como antes dijimos, los aspectos nacionales de dicha relación; ya por razones de técnica jurídica al darse cuenta de que existen relaciones a las cuales no les conviene bien a las normas aplicables a las relaciones nacionales.

b) *Una idea de justicia.* - Ya Bertrand D'Argentré en el siglo XVI había sostenido que la aplicación de la ley extranjera a una situación jurídica dada, debía hacerse por un imperativo de justicia.³³ No es pues optativo para el Estado aplicar a la relación extranacional la ley propia o la ley extranjera. Si del análisis de los hechos se demuestra que la ley aplicable debe ser la extranjera, el Estado deberá aplicarla so pena de cometer *summa injuria* de no hacerlo así.

c) *La commitas gentium.* - La existencia de normas de Derecho Privado Internacional, no se aplica sino como una cortesía de un Estado para con los demás. Nada lo obliga aplicar a la relación extranacional un derecho distinto del propio; pero puede como un acto de soberanía, incorporar disposiciones del derecho extranjero al nacional para aplicarlas a la relación citada, más como un acto de cortesía que como una obligación jurídica.³⁴

d) *La reciprocidad.* - Finalmente, un Estado puede legislar en materia de Derecho Privado Internacional como un acto de justa correspondencia, a una legislación semejante que tenga un Estado vecino. Si el Estado A sabe que el Estado B declara su derecho aplicable dentro del territorio de B, en justa correspondencia declarará A que el derecho de B sea aplicable dentro de su territorio³⁵.

29 Op. cit., p. 70.

30 Véase, por ejemplo, el artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

31 MAC LEAN Roberto, *Ibid.*

32 ALFONSIN, op. cit. p. 40.

33 NIBOYET, op. cit, Torno II, 1951.

34 MAC LEAN, Roberto, *Ibid.*

35 MAC LEAN, Roberto, *Ibid.*

Fundamento del Derecho Privado Internacional supranacional en su concepción clásica.- Si la función del Derecho Privado Internacional es alocar la competencia de las leyes internas cuando de relaciones extranacionales se trata, su misión se reduce entonces a resolver conflictos de leyes. Ahora bien, ¿qué es la ley sino expresión de la soberanía de los Estados? y un conflicto de leyes, ¿qué será sino un conflicto de soberanías? y ¿cuáles es la rama del derecho que estudia los conflictos de soberanías si no es el Derecho Internacional Público? en consecuencia, el Derecho Privado Internacional es una rama del Derecho Internacional Público. El fundamento del Derecho Privado Internacional será el Derecho Internacional Público.³⁶

Esta concepción resulta engañosa por diferentes razones:

1) Es falso que un conflicto de leyes sea un conflicto de soberanías. El conflicto de leyes se da sólo en la mente del juzgador. Por lo regular, los Estados cuyas leyes supuestamente están en conflicto, ni se enteran del mismo, ni se ha sabido hasta ahora qué, si la resolución del conflicto no ha entrañado una denegación de justicia, se presentan reclamaciones por la vía diplomática por haberse preferido una ley en vez de otra.

2) Cada Estado mantiene disposiciones de Derecho Privado Internacional supranacional cuando celebra tratados con otros Estados, que pueden estar en flagrante contradicción con tratados semejantes celebrados por Estados vecinos. Y sin embargo el fundamento de estas disposiciones contradictorias sería un solo y único derecho, el Derecho Internacional Público.

3) Finalmente, históricamente hablando, el Derecho Privado Internacional es anterior al Derecho Internacional Público, puesto que ya la escuela de Colonia del siglo XIV, varios siglos antes del nacimiento del Derecho Internacional Público, se ocupaba de los conflictos de leyes.

Fundamento del Derecho Privado Internacional supranacional en su concepción privatista.- Las normas de Derecho Privado Internacional que tienen por función proveer de derecho privado a las relaciones jurídicas extranacionales se fundan en el consenso de la sociedad internacional, no la de los Estados, sino la de los individuos. La idea expresada en pocas palabras es como sigue:³⁷

Cada sociedad, por el hecho de serlo, produce un derecho, *ubi societas ibi jus*. Ahora bien, la comunidad humana forma una enorme sociedad que rebasa las fronteras políticas artificiales creadas por los hombres. Existe lo que sociológicamente hablando, llamamos la solidaridad humana. Existe en el fondo de cada ser las mismas necesidades que se satisfacen por los mismos satisfactores. En consecuencia, esta sociedad internacional, distinta de la comunidad jurídica internacional cuyos sujetos son los Estados soberanos, debe producir su propio derecho, que no podrá ser otro que el Derecho Privado Internacional. Derecho que será común a todos los hombres y que, en consecuencia, no podrá ser distinto ni contradictorio.

Tradicionalmente se ha venido designando a esta rama con el nombre de Derecho Internacional Privado; y el término, aunque criticable, ha sido universalmente adoptado, puesto que su equivalente en otros idiomas es literal.

Se atribuye a Story, el tratadista norteamericano de las primeras décadas del siglo XIX, haber usado por primera vez el término "Private International Law" en el año de 1834. Posteriormente, Foelix, en 1843, usa su traducción francesa "Droit International Privé". Y desde entonces todos los idiomas del mundo occidental consagran este nombre, por lo que la fuerza tradicional del mismo es incontrastable.

Sin embargo, el término parece indicarnos que nuestra materia versa sobre un derecho internacional de carácter privado, lo que lo asimila a la posición formalista de la escuela clásica o tradicional; ya que concibiendo así dicha materia, es perfectamente explicable

36 ALFONSO, op. cit., p. 42.

37 ALFONSO, op. cit., p. 45.

que las normas que lo integran, pretendan simplemente alocar en el campo internacional la competencia de cada uno de los derechos privados nacionales. Por eso sería fundamentalmente un derecho internacional, pero reservado a cuestiones de derecho privado nacional.

Las nuevas tendencias no están conformes con el nombre anterior por las consecuencias apuntadas. Sus sostenedores creen más conveniente designarlo Derecho Privado Internacional, es decir, un derecho privado común a todos los pueblos y compuesto de normas sustantivas, no formales como las que lo han venido integrando hasta ahora.³⁸

Ya sea uno u otro el nombre que se escoja, creemos que la cuestión pasa a un plano secundario cuando el contenido de la materia ha quedado bien determinado y los conceptos que la abarcan se han precisado lo más posible.

Si las nuevas tendencias doctrinarias anteriormente esbozadas, alcanzarán a superar la fuerte corriente clasicista, es algo que aún no puede preverse; pero es un hecho que el Derecho Privado Internacional está urgido de una revisión radical de sus principios, normas y sistemas, para adecuarlo a la mayor brevedad posible, a la actual realidad internacional, en la que el comercio jurídico supranacional viene cobrando una importancia sin paralelo en la historia de la humanidad.

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN MEXICO, A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por Jorge Aurelio Carrillo

Profesor de la Facultad de Derecho
de la U. N. A. M.

1.- EL MATRIMONIO EN MEXICO. 2.- SU ENCUADRE DENTRO DE LOS SISTEMAS JURIDICOS GENERALMENTE ACEPTADOS. 3.- SU CARACTER DE ACTO SOLEMNE E INSTITUCIONAL. 4.- RAZONES POLITICAS QUE HAN INFLUIDO SOBRE SU TIPIFICACION. 5.- EFECTOS DEL MATRIMONIO SOBRE EL CONCEPTO DE DOMICILIO: EL DOMICILIO CONYUGAL; EL DOMICILIO DE LA MUJER CASADA; EL DOMICILIO DEL MARIDO.

1.- El matrimonio en México.-

Si bien el artículo 130 de la Constitución Mexicana define el matrimonio como un contrato civil, inspirándose en la Constitución francesa de 1791 que usaba una frase semejante al declarar que "la Ley no considera al matrimonio más que como un contrato civil", lo cierto es que la legislación civil ha preferido no definir esta vital institución del Derecho de Familia.

Algunos civilistas han procurado poner de relieve la necesidad de diferenciar el concepto político de matrimonio, a que se refiere el artículo constitucional citado, del concepto estrictamente jurídico del mismo.

"Aún cuando es indudable que nuestros textos legales desde 1917, tanto en la Constitución como en la Ley de Relaciones Familiares, y después el Código Civil vigente, han venido insistiendo en la naturaleza contractual del matrimonio, también no es menos cierto que tal punto de vista sólo tuvo por objeto separar de manera radical el matrimonio civil del religioso, es decir, negar el principio consagrado por el derecho canónico que dio carácter de sacramento al matrimonio. Por esto en el artículo 130 de la Constitución de 17, se afirma que el matrimonio como contrato civil es de la exclusiva competencia de los

funcionarios y autoridades del orden civil. Es decir, no debe considerarse que el legislador mexicano al afirmar que el matrimonio es un contrato, quiso equipararlo en sus efectos y disolución al régimen general de los contratos, sino que su intención fue únicamente negar a la Iglesia toda ingerencia en la celebración del mismo, en las consecuencias del divorcio y en los impedimentos para ese acto. Así se explica que el Artículo 147 del Código vigente prohíba toda estipulación contraria a los fines del matrimonio, es decir, a la perpetuación de la especie y a la ayuda recíproca que se impone a los consortes. Por la misma razón el artículo 182 declara: "Son nulos los pactos que los esposos hicieren contra las leyes o los naturales fines del matrimonio". *De estos preceptos se desprende que no puede aplicarse a la regulación misma del acto en cuanto a los derechos y obligaciones que origina, el sistema contractual.* Es decir, no sólo no se pueden alterar las obligaciones y facultades que imperativamente establece la ley, sino que tampoco pueden los consortes pactar términos, condiciones o modalidades que afecten a este régimen que se considera de interés público. En este sentido es de aplicación estricta el artículo 6o. del propio Código conforme al cual la voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. El mismo precepto permite que se renuncien los derechos privados que no afecten directamente el interés público y es indiscutible que una renuncia en cuanto a los derechos y obligaciones que derivan del matrimonio, sí afectaría gravemente al interés público. En cuanto a la forma de disolución del matrimonio, la ley dispone que el divorcio sólo procederá por las causas que señala o por mutuo consentimiento de los consortes. Ahora bien, podría pensarse que en esta forma de divorcio se aplica el régimen contractual ya que se equipara al mutuo disenso, pero la diferencia es evidente si se reflexiona que no puede haber divorcio sin la intervención de un Juez o del Oficial del Registro Civil en el caso de que no haya habido hijos y los consortes no tengan bienes o hubieran liquidado la situación respecto a los mismos. Por lo tanto, no basta el mutuo consentimiento de los consortes por sí solo para disolver el matrimonio, se requiere siempre la intervención de un funcionario del Estado y sobre todo, entretanto no exista la sentencia del Juez civil o la declaración del Oficial del Registro Civil decretando el divorcio, subsiste el vínculo matrimonial".¹

Sin embargo, la sola negación del carácter contractual del matrimonio, es insuficiente, ya que es preciso contar con un concepto positivo del mismo.

Estimo que los diferentes puntos de vista que el citado tratadista Rojina Villegas enumera en su obra,² el matrimonio se identifica con el concepto de estado jurídico.

"Desde este punto de vista, el matrimonio se presenta como una doble consecuencia de la institución matrimonial y del acto jurídico que celebran las partes en unión del Oficial del Registro Civil, pues constituye a la vez una situación jurídica permanente que rige la vida de los consortes y un acto jurídico mixto desde el momento de su celebración".³

Creo que este concepto jurídico —civilista de matrimonio, aplicable no solamente al matrimonio mexicano sino al matrimonio en general, está más apegado a la realidad que el concepto de matrimonio como contrato civil puesto que, efectivamente, "el matrimonio evidentemente que constituye un estado jurídico entre los consortes, pues crea para los mismos una situación jurídica permanente que origina consecuencias constantes por aplicación del estatuto legal respectivo a todas y cada una de las situaciones que se van presentando durante la vida matrimonial... El estado matrimonial, tiene consecuencias importantes respecto a la vigencia del matrimonio, a sus efectos y a su disolución, pues aún cuando se inicia por un acto jurídico, en realidad se perfecciona a través de la vida en

1 ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Compendio de Derecho Civil. Introducción, Personas y Familia*. Robredo, 1962 pp. 285-286. El subrayado es mío.

2 ROJINA VILLEGAS, op. cit. "El matrimonio ha sido considerado desde distintos puntos de vista: 1) Como institución; 2) Como acto jurídico condición; 3) Como acto jurídico mixto; 4) Como contrato ordinario; 5) Como contrato de adhesión; 6) Como estado jurídico; 7) Como acto de poder estatal" p. 281

3 ROJINA VILLEGAS, Op. cit. p. 287.

común; sin el estado matrimonial no puede cumplirse el deber de convivencia que existe entre los esposos".⁴

2.- Su encuadre dentro de los sistemas jurídicos generalmente aceptados.

Históricamente hablando, el matrimonio ha tenido diversas concepciones jurídicas. Siguiendo a Castán Tobeñas podemos decir que al estudiar los sistemas matrimoniales en la legislación comparada surge esta clasificación de los mismos:

"a) Sistema del matrimonio como acto privado, puramente consensual, o, al menos, que no exige la intervención necesaria de persona alguna con carácter oficial, eclesiástica o laica (Derecho canónico anterior al Concilio de Trento, Inglaterra hasta el Estatuto de 1753...).

b) Sistema de forma exclusivamente religiosa, España hasta la ley de 1870.

c) Sistema de forma religiosa preponderante y subsidiariamente la forma civil (En España por orden del Ministerio de Justicia de 12 de marzo de 1941, para contraer matrimonio civil se exige la prueba documental de no ser católicos los contrayentes).

d) Sistema de forma civil obligatoria.

e) Sistema de libre elección de forma religiosa o civil (Tal ocurre, v.gr. en el estado de Texas de la Unión Americana. La autoridad civil da solamente la licencia matrimonial. Una vez obtenida ésta, un juez de paz, o un ministro de un culto religioso reconocido, celebra el matrimonio, el cual, de acuerdo con la Cláusula de Entera Fe y Crédito de la Constitución, es válido en los demás estados)".⁵

México se ha adherido al grupo de forma civil obligatoria.⁶

3.- Su carácter de acto solemne e institución.

El matrimonio en México no sólo es un acto jurídico formal, sino que debe considerarse un acto solemne, es decir, la falta de cumplimiento de los requisitos formales que la ley establece produce la inexistencia del acto.⁷

Estos requisitos formales son, en esencia los siguientes:

a) Presentación de una solicitud por escrito al oficial del Registro Civil, acompañada de ciertos documentos indispensables.

b) Ratificación ante el propio oficial de las firmas que calzan la solicitud por todos los que en ella aparecen.

c) Ceremonia en la que, previa la satisfacción de ciertos requisitos, se declare a los pretendientes unidos en nombre de la ley y de la sociedad.

d) Levantamiento del acta respectiva y firma de ella por todos los que en el acto intervinieron.

El matrimonio es, asimismo, una institución jurídica en el sentido de que es un conjunto de normas de igual naturaleza que regulan un todo orgánico y persiguen una misma finalidad.

4.- Razones políticas que han influido sobre su tipificación.

El matrimonio es una institución en la que han influido poderosamente la varias veces centenaria lucha entre la Iglesia y el Estado. Ambas potestades han reclamado para sí no

⁴ Ibid.

⁵ Esta clasificación aparece reproducida, en esencia, en MUÑOZ, Luis. *Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales*. México. Ediciones Lex 1946 p. 60.

⁶ Código Civil para el D. y T.T.F.F. Art. 146: "El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la ley y con las formalidades que ella exige".

⁷ Id. Art. 235: "Son causas de nulidad del matrimonio... III.- Que se haya celebrado en contravención a lo dispuesto en los artículos 97, 98, 100, 102 y 103". Estos artículos establecen las formalidades que se han de llenar previamente y en el momento de la celebración del matrimonio, Art. 249: "La nulidad que se funda en la falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, puede alegarse por los cónyuges y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio. También podrá declarar de esa nulidad a instancia del Ministerio Público". El subrayado es mío.

sólamente la solemnización, sino la definición de sus caracteres esenciales, entablándose una verdadera lucha en lo que se refiere a la disolubilidad o indisolubilidad del vínculo que se establece entre los cónyuges con motivo del matrimonio.

"Según la concepción canónica, el matrimonio es un sacramento solemne cuyos ministros son los mismos esposos, siendo el sacerdote un testigo autorizado por la Iglesia; la unión de los esposos es la imagen de una unión de Cristo con la Iglesia, y como ésta, indisoluble. El vínculo es creado por la voluntad de los esposos ya que es su libre consentimiento el que genera la relación matrimonial; pero su consagración ante la Iglesia, merced a la bendición nupcial, lo eleva a sacramento, y como el sacramento ha sido instituido por Dios, y Dios mismo sanciona la unión, esta es indisoluble. Según las palabras del Evangelio los cónyuges no son ahora sino una misma carne y la unión no se puede disolver si no es por la muerte".⁸

El concepto laico de la institución matrimonial y la reconquista por parte del Estado de su potestad sobre ella, se atribuye a tres factores: el protestantismo, las ideas de la iglesia galicana y las del derecho natural.

El protestantismo tomó las ideas de Lutero, quien rechazó el carácter sacramental del matrimonio por considerarlo cosa externa, mundana, como la comida y la casa, sujeta a la autoridad secular. La identificación de la unión de los esposos con la unión de Cristo con su Iglesia no fue, pues, aceptada, y se dejó al Estado la regulación jurídica de la institución matrimonial, si bien no en forma exclusiva, si en forma concurrente.

De la iglesia galicana, en Francia, durante el siglo XVI, se difundió una teoría teológico-jurídica que separaba, dentro del matrimonio el contrato del sacramento: la regulación del contrato es competencia exclusiva del Estado, pero es supuesto para recibir el sacramento del matrimonio. Actualmente en México se observa esta secuencia, ya que es causa de responsabilidad de los ministros de un culto, celebrar un matrimonio religioso sin la prueba fehaciente de que se ha celebrado el matrimonio civil.

Los teóricos del derecho natural de los siglos XVII y XVIII, por su parte, negaron, igual que Lutero, la naturaleza sacramental del matrimonio y tomaron del galicanismo la concepción del matrimonio como un contrato civil.⁹

En México, no obstante lo que pudiera colegirse del rabioso jacobinismo de que hicieron gala los constituyentes de 1917,¹⁰ se puede decir que desde el Código de 1870, primer código civil del México independiente, el Estado tomó a su cargo la regulación del matrimonio, por influencia de las Leyes de Reforma.¹⁰ Bis.

"El matrimonio es la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". Esta era la definición de la institución matrimonial que dio el Código de 1870 en su artículo 159, y que después recogió literalmente, en su artículo 155, el Código Civil de 1884. La Ley de Relaciones Familiares del 9 de abril de 1917 repitió el concepto en substancia, aunque añadió dos elementos: su carácter contractual y su disolubilidad.¹¹

Así pues, desde el Código Civil de 1870 el matrimonio en México ha quedado sujeto a la ley civil, tanto por lo que se refiere a las formalidades de su celebración, como en otros aspectos substanciales (impedimentos, nulidad, efectos, etc.).

Los Códigos de 70 y de 84, si bien no admitían el divorcio vincular, si permitían la separación de cuerpos,¹² y las causales para obtener esta separación eran igualmente

8 RUGGIERO, citado por Rojas Villegas. Op. cit. p. 279.

9 Cf. ENCICERUS KIPP y WOLFF, citados por Rojas Villegas. Op. cit. pp. 279-280.

10 Véase el diario de los Debates del Congreso Constituyente de Querétaro de 1917, en la parte relativa a la discusión del artículo 129 del proyecto elaborado a iniciativa de D. Venustiano Carranza. Este artículo 129 se convirtió a la postre, en el artículo 130 de nuestra Constitución.

10 Bis. Ver la Ley de Matrimonio Civil de 1859.

11 "El matrimonio es un contrato civil entre un sólo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida". L. de RF. Art. 13.

12 De aquí que ambos ordenamientos hablen de divorcio, pero debe entenderse en su significado limitado, es decir, sin dejar en libertad a los cónyuges de contraer nuevas nupcias.

del resorte civil. Ni qué decir que a partir de 1917 el matrimonio y divorcio han quedado sujetos a dicha ley civil.

5.- Efectos del matrimonio sobre el concepto de domicilio: el domicilio conyugal; el domicilio de la mujer casada; el domicilio del marido.

Normalmente, el domicilio conyugal es el que de común acuerdo establecen los cónyuges para realizar las finalidades del matrimonio.

Sin embargo, la prueba de la existencia del domicilio conyugal no es tan sencilla como pudiera creerse, máxime si se toma en cuenta la fundamental reforma que en 1953 sufrió nuestro Código Civil y que después analizaré.

El Código Civil de 1928, en su versión original estableció, en su artículo 167, que "la mujer debe vivir al lado de su marido. Los tribunales con conocimiento de causa, eximirán a la mujer de esta obligación cuando el marido traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio de la patria, o cuando se establezca en un lugar insalubre o indecoroso"

Esta versión original del artículo 163 dejaba bien claro que el domicilio conyugal lo establecía el esposo en el lugar en que lo estimare conveniente, con las limitaciones que el propio artículo señalaba, y que era obligación de la mujer acatar la determinación marital sobre este respecto.

La Suprema Corte de Justicia confirmó esta idea en varias ejecutorías, de las cuales ésta es un ejemplo:

"El artículo 163 del Código Civil, vigente en el Distrito Federal, establece la regla general de que la mujer debe vivir al lado de su marido, y añade que los tribunales, con conocimiento de causa, eximirán a la mujer de esa obligación, cuando el marido traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio de la patria, o cuando se establezca en un lugar insalubre e indecoroso".¹³

Sin embargo, la propia Suprema Corte fue paulatinamente adicionando el concepto con elementos que, si bien son resultado implícito de lo dispuesto por el texto legal, era necesario que quedaran expresados en forma más categórica.

En principio, el domicilio conyugal debe ser real y efectivamente establecido por los cónyuges o por el esposo. El domicilio conyugal debe corresponder a un hecho real, nunca se presume jurídicamente.

Estas ideas se desprenden de las siguientes ejecutorias:

"Si no consta en autos que el marido hubiese llamado a su esposa, como tenía derecho, para convivir con él, no puede sostenerse que ella hubiese faltado a la obligación impuesta por la Ley... *No puede haber abandono de domicilio conyugal, si apenas celebrado el matrimonio, cada cónyuge se fue a vivir a la casa de sus respectivos padres por voluntad expresa del mismo marido*"¹⁴

"Para que el marido pueda justificar el abandono del domicilio conyugal, por parte de su cónyuge, *necesita probar que tiene un domicilio independiente, del de sus padres, en donde puede recibir a su esposa, o bien que la ha invitado a hacer vida común en casa de aquellos y con su autorización*, pues si el marido no visita a la esposa y vive en casa de sus padres en calidad de hijo de familia, sería demasiado exigir que aquélla tenga la obligación de seguirlo a tal lugar, para no ocurrir en el abandono del domicilio conyugal, *sin que esto signifique que este domicilio deba establecerse siempre en forma independiente, sino tan sólo que la mujer no está obligada a vivir al lado de su marido, en casa de un extraño, aunque sea su pariente, si no ha sido invitada por su esposo, con autorización del jefe de la casa*"¹⁵

13 Seminario Judicial de la Federación. Torno LXI p. 1965

14 S. J. de la F. Torno XLIII p. 2095. El subrayado es mío

15 S. J. de la F. Torno LV p. 630. El subrayado es mío

Además, la Corte ha exigido que el domicilio conyugal se pruebe fehacientemente. "El certificado expedido por un presidente municipal; haciendo constar que determinada persona se encuentra registrada en el padrón del municipio, con domicilio en determinada casa, pero sin especificar de qué padrón se trata, ni el tiempo de residencia del interesado en ese lugar, ni menos la fecha de su empadronamiento, es notoriamente deficiente para acreditar no sólo el domicilio del interesado, sino el domicilio conyugal del mismo".¹⁶

Ahora bien, ¿pueden los cónyuges, de acuerdo con la ley mexicana, mantener domicilios separados?

Tal parece ser la corriente jurisprudencial en nuestro país.

"Si no se justifica que ha existido domicilio conyugal, y si entre los cónyuges, por algunas desavenencias, aceptaron separarse y van a vivir a distintos lugares, *cada uno de ellos adquirió un nuevo domicilio propio y por separado*. Por otra parte, no puede estimarse que el domicilio legal de la mujer es el de su marido, por más que no esté legalmente separada de él sino de hecho, porque según el Código Civil, vigente en el Distrito Federal, no existiendo domicilio conyugal, la mujer casada tiene domicilio propio independientemente del de su marido y es competente para conocer de la demanda de divorcio entablada contra la esposa, el juez del domicilio de la misma".¹⁷

De lo anteriormente expresado puede afirmarse lo siguiente:

a) El domicilio conyugal, según la versión original del artículo 163 del Código Civil, lo establecía el esposo. En él estaba obligada a vivir la mujer, con ciertas limitaciones.

b) El domicilio conyugal debía establecerse de hecho. El consentimiento expreso o tácito, del marido para que la mujer no viviera en él, destruía el concepto de domicilio conyugal.

c) No existiendo domicilio conyugal, ambos cónyuges adquieren domicilio por separado.

d) La mujer casada, ante la inexistencia del domicilio conyugal, adquiere un domicilio propio.

Por Decreto de 31 de diciembre de 1953 este importante artículo 163 de nuestro Código Civil sufrió una trascendental reforma para quedar redactado como sigue:

*"Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales, con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezca en lugar insalubre e indecoroso".*¹⁸

El primer problema que se plantea con la nueva versión del artículo 163 es el de determinar quién tiene derecho de exigir a quién que se establezca en domicilio conyugal. Si la esposa establece un domicilio y requiere al esposo para que se una a ella para establecer domicilio conyugal; pero a su vez el esposo hace lo propio ¿quién es el culpable en caso de que ambos se nieguen a acatar recíprocamente, el requerimiento de su otro cónyuge?

Creo que en el caso de que el domicilio conyugal no llegare a establecerse a partir del momento mismo del matrimonio, son aún aplicables las ejecutorias de la Suprema Corte que dispone que no habiéndose establecido jamás dicho domicilio ambos cónyuges mantienen domicilios separados. En consecuencia, la causal de divorcio llamada de abandono de hogar, o separación de la casa conyugal, no podrá invocarse por ninguno de los dos, puesto que el elemento esencial, *casa conyugal*, no ha existido nunca.

El problema es más arduo si habiéndose establecido el domicilio conyugal, uno de los cónyuges establece un domicilio por separado y requiere al otro para que se reintegre al nuevo domicilio con el propósito de establecer allí el nuevo domicilio conyugal.

Creo que es preciso diferenciar, de producirse este evento, si el cónyuge que cambia de domicilio es el marido o es la mujer.

16 S. J. de la F. Tomo XLVI. p. 2438.

17 S. J. de la F. Tomo LVIII. p. 66.

18 El subrayado es mío.

Aunque el Código Civil es omiso en esta materia, el Código de Procedimientos Civiles parece indicar que para que una mujer casada que ya viva en el domicilio conyugal, establezca un domicilio propio, sin consentimiento del marido, se requiere la intervención de un juez de primera instancia,¹⁹ y sólo se le autoriza si intenta demandar o acusar a su esposo.

Así pues, si el marido cambia de domicilio y requiere a su esposa para que se una con él, ésta sólo podrá rehusarse solicitando en los términos del artículo 163, permiso de los tribunales para que la eximan de esta obligación por cumplirse, en la especie los supuestos que el propio artículo indica.

Ahora bien, si es la mujer la que cambia de domicilio y lo hace sin permiso de su marido, y sin la intervención del juez de primera instancia en los términos previstos por el artículo 209 del Código Procesal, se debe considerar como cónyuge abandonante, por lo que si su ausencia de la casa conyugal se prolonga más de seis meses, el marido podrá solicitar por el divorcio en los términos de la fracción VIII del artículo 267 del Código Civil.

Resumiendo:

a) El domicilio conyugal debe establecerse de común acuerdo. Si nunca llega a establecerse, cada cónyuge conserva su propio domicilio.

b) Una vez establecido el domicilio conyugal, el marido puede cambiarlo, pudiendo rehusarse la esposa a ir a vivir a él sólo si tiene causa justificada para ello.

c) La mujer que viviendo en el domicilio conyugal desee adquirir un domicilio propio sin consentimiento de su marido, para que no se le considere cónyuge abandonante debe solicitar su depósito por un juez de primera instancia, el cual lo concederá y le dará diez días para que intente la demanda o acusación. Pasado este término sin que lo haya hecho, "se levantará el depósito... y será restituida la mujer al domicilio conyugal".²⁰

6.- NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES EN MATERIA CIVIL EN MEXICO. 7.- SU COMPARACION CON OTROS SISTEMAS DE NORMAS DE CONFLICTO VIGENTES EN LA COMUNIDAD JURIDICA INTERNACIONAL. 8.- VALIDEZ EN MEXICO DE MATRIMONIO DE EXTRANJEROS. 9.- VALIDEZ EN MEXICO DE MATRIMONIO DE MEXICANOS EN EL EXTRANJERO. 10.- VALIDEZ DE LOS ACTOS DEL ESTADO CIVIL EN MEXICO CELEBRADOS CON ARREGLO A LAS LEYES DE LOS ESTADOS FEDERADOS.

6.- Normas de conflicto de leyes en materia civil en México.

Cuando se elaboró el Código Civil de 1928, la Comisión redactora, siguiendo la tradición de los códigos de 70 y de 84, pretendió aceptar la teoría llamada de los estatutos, aunque haciendo necesarias modificaciones acordes con las tendencias doctrinales de la época en que se iba a poner en vigor el ordenamiento.

En el proyecto se reconocía que la ley personal debía regir el estado y capacidad de las personas; pero que esa ley no se aplicaría si pugnaban con alguna disposición de orden público.

Se entendía por ley personal la de la nacionalidad de los individuos, y sólo cuando éstos tenían dos o más nacionalidades, o no tenían ninguna, la ley personal sería la del domicilio. En todo caso, y tratándose de mexicanos que, siendo originarios de otras entidades federativas, ejecutaran actos dentro del Distrito y Territorios Federales, la ley personal de ellos sería la de su domicilio.

No obstante, tratándose de extranjeros se sujetaba la aplicación de su ley personal al principio de reciprocidad, eso es, si los mexicanos no podían invocar su estatuto personal en el país de origen del extranjero, éste tampoco podría invocar el suyo en México.

¹⁹ Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales. Título V. Capítulo III.

²⁰ Id. Art. 214

Se obligaba a los extranjeros, cuando contrataran con mexicanos, a declarar su estatuto y las incapacidades que conforme a él tuviesen, so pena de que si no lo hacían o declaraban falsamente, el contratante mexicano que había procedido de buena fe tenía derecho a que se aplicaran las disposiciones del Código Civil mexicano, aún tratándose del estado y capacidad del extranjero.

Finalmente, se disponía que se aplicara la ley del domicilio en casos en los que, por conflictos entre las leyes personales de los interesados, sería injusto supeditar a alguno de ellos a la ley personal del otro.²¹

No obstante lo sensato que resultaban las normas de conflicto en materia de estado y capacidad que se pretendían incorporar en el nuevo Código, la Secretaría de Relaciones Exteriores las objetó y solicitó su modificación substancial, a lo cual accedió la Comisión redactora.

"Motivo de empeñadas discusiones fueron los artículos relativos a las doctrinas sobre el estado y capacidad de las personas, regidos ya por la ley del lugar de nacimiento o por la del último domicilio. Consideramos que era nuestro deber inclinarnos a la doctrina del domicilio, aunque no por la de la residencia absoluta como se optó... Continuando con la legislación de 84, nuestros nacionales perdían la protección del Gobierno en los efectos jurídicos de sus relaciones familiares, cuando residían en un país regido por la ley del domicilio, como acontecía a nuestros trabajadores emigrados al Norte. En cambio, a los hijos del país donde imperaba la ley del domicilio, aún residiendo en nuestra patria, no se les aplicaban las leyes mexicanas, porque respetábamos su nacionalidad, estableciendo así una desigualdad de tratamiento que no gozaba siquiera del principio de la reciprocidad internacional... De prosperar la inmigración, podría suceder que la población fuese tan numerosa y variada, que de mantenerse los principios del estatuto personal, privarían en las relaciones de familia, más las leyes extranjeras que las propias, entorpeciendo no sólo las operaciones contractuales, sino también la administración de justicia... La autoridad de un gobierno se quebranta y su soberanía se menoscaba, cuando la mayoría o un sector considerable de la población, está sujeto a disposiciones emanadas de gobiernos extranjeros. La comisión redactora del proyecto del Código Civil, estudió las objeciones que se le hicieron y como resultado manifestó: ...En la imposibilidad de mencionar todas las modificaciones introducidas, nos ocupamos solamente de las que estimamos trascendentes...

III.- Se establecen las normas que deben regir el estado y capacidad de los extranjeros residentes en México, así como de los mexicanos que residen en el extranjero, sus relaciones de familia y los derechos y obligaciones que de ellos emanan... La Secretaría de Relaciones Exteriores objetó los mencionados artículos (12, 13, 14, 15 y 16 del proyecto) y propuso, que las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se apliquen a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeuntes. La comisión aceptó la proposición hecha por la Secretaría de Relaciones y modificó los artículos correspondientes".²²

Es así como México, en su Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de aplicación federal en materia de extranjeros,²³ rige el estado y la capacidad de las

21 Exposición de Motivos del Código Civil. Abril 12 de 1928.

22 GARCÍA TELLEZ, Ignacio. Citado en la ejemplar dictada por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo 7803 58 el 9 de diciembre de 1959, promovido por María Cristina Borbón de Patiño. Folios 129 y 130. Son altamente polémicos los conceptos expresados por el Sr. Lic. García Tellez, y rebatirlos está fuera de los límites de este artículo. Sin embargo, desco destacar que claramente expresaba la Comisión, en su exposición de motivos, que la aplicación de la ley nacional del extranjero en México estaba condicionada al principio de reciprocidad, de aquí que resulte completamente infundada su aseveración de que "en cambio a los hijos del país donde imperaba la ley del domicilio, aún residiendo en nuestra patria, no se les aplicaban las leyes mexicanas, porque respetábamos su nacionalidad, estableciendo así una desigualdad de tratamiento que no gozaba siquiera del principio de la reciprocidad internacional".

23 Ley de Nacionalidad y Naturalización. Art. 50.

personas por la ley mexicana, sin distinguir si se trata de nacionales o de extranjeros y, en este último caso, si se trata de domiciliados en ella o son simples transeúntes.²⁴

Este principio de territorialidad absoluta es contrario a los principios generalmente aceptados de Derecho Internacional Privado. Su aplicación a ultranza ha producido lamentables efectos en el extranjero, provocando acerbas críticas a sentencias dictadas con base en él, por tribunales mexicanos, y en algunos casos hasta la negativa de *exequatur* de las referidas sentencias. Sin embargo, debe decirse que los pocos versados en la ciencia jurídica son los que han contribuido en mayor grado a exagerar la aparente complacencia de las autoridades mexicanas con esta errónea actitud del legislador. En su oportunidad veremos cómo los tribunales mexicanos, en su mayoría, han atenuado su rigorismo mediante la exigencia del cumplimiento de los elementos esenciales del debido proceso legal, lo cual ha permitido que tribunales extranjeros de insospechable imparcialidad como los de Nueva York, hayan podido establecer principios serios y objetivos en cuanto al reconocimiento de sentencias de divorcio dictadas en México.

7.- SU COMPARACION CON OTROS SISTEMAS DE NORMAS DE CONFLICTO VIGENTES EN LA COMUNIDAD JURIDICA INTERNACIONAL.

En materia de estado y capacidad, las normas de conflicto son muy diversas y difieren notablemente entre sí. Al no permitirse los límites de este ensayo analizar todos los sistemas de normas de conflicto vigentes actualmente en el mundo, me circunscribiré exclusivamente a los sistemas más conocidos y difundidos.

Siguiendo a Jesús de Galíndez, dividiré los referidos sistemas en los siguientes grupos:²⁵

I.- *Sistema del Código Bustamante*. El principio general, enunciado en el artículo 52, es el de que la legislación aplicable al divorcio o a la separación de cuerpos es el domicilio conyugal. Los artículos 54 y 55 disponen que tanto las causas como los efectos están regulados por la ley del domicilio conyugal. La única salvedad consiste en que no puede alegarse una causal sucedida con anterioridad a la adquisición del domicilio actual, si no está admitida también por la ley personal de los cónyuges (Art. 52). Esto quiere decir que dos extranjeros que establecen su domicilio conyugal en un país que admite el divorcio por incompatibilidad de caracteres, podrán conseguir un divorcio ante los tribunales de dicho país aunque de acuerdo con su ley nacional no pudieran hacerlo, siempre y cuando prueben que la incompatibilidad surgió con posterioridad al establecimiento del domicilio.

El divorcio o la separación así obtenidos, serán reconocidos como válidos y producirán todos sus efectos en los demás estados signatarios de la Convención que aprobó el Código; pero el Estado de origen se reserva el derecho de reconocer o no reconocer la validez del divorcio por causas no admitidas en su propia legislación (Art. 53).

Esta última salvedad es de gran trascendencia en la práctica. Se incluyó en el Código para complacer a aquellos Estados que, aún declarando competente la ley del domicilio conyugal para conocer del divorcio, rechazan la posibilidad del rompimiento del vínculo matrimonial y, por lo tanto, se oponen a reconocer la disolución de dicho vínculo por sus nacionales en el extranjero. Así, v. gr., un matrimonio chileno que establezca su domicilio en Venezuela, podrá divorciarse en ese país; pero ese divorcio no tendrá más efectos que los de una simple separación de cuerpos en el país respectivo de origen.

No solamente se presenta en la práctica el caso de desconocimiento de validez de una sentencia de divorcio, por razón de que un país acepte el divorcio vincular y el otro no. También puede suceder que admitiendo el divorcio vincular el país del domicilio conyugal

²⁴ Código Civil para el D. y T. F. Art. 12. Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes.

²⁵ GALINDEZ, Jesús de: *El divorcio en el Derecho Comparado de América*. Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. Año II. N.º 6. Septiembre-Diciembre, 1949.

y el país de origen, la causa alegada no exista en el último y, en virtud de la salvedad contenida en el artículo 53 del Código Bustamante, se rechace la validez del divorcio obtenido.²⁶

II.- *Sistema de los Tratados de Montevideo.* De acuerdo con el artículo 13 del Tratado sobre Derecho Civil, firmado en Montevideo el 12 de febrero de 1889, la ley del domicilio conyugal rige la separación y la disolubilidad del matrimonio. Con respecto a esta última, se exige que la causa alegada esté admitida también por la ley del lugar donde se celebró el matrimonio.

El artículo 5º, por su parte, define como domicilio conyugal el que tiene constituido el matrimonio, y, en su defecto, el domicilio del marido.

Con respecto a la competencia, el artículo 62 la establece en favor del juez del domicilio conyugal; y en relación con la ejecución del fallo, el artículo 5º del Tratado de Procedimiento exige que el tribunal haya sido competente, que la sentencia sea ejecutoria, que la parte demandada haya sido debidamente citada y que el divorcio no se oponga a las leyes del orden público del país donde pretendan hacerse valer sus efectos.²⁷

III.- *Sistema nacional de tipo europeo.* El principio general es el de que la jurisdicción competente es la de la *lex fori*; pero la ley aplicable será la nacional, entendiendo por ley nacional la de ambos cónyuges o en su defecto la del marido.

IV. *Sistema territorial.* Este sistema tiene muchas facetas; pero las principales son dos.

a) Para resolver sobre divorcio son competentes los tribunales del domicilio conyugal, y es aplicable la ley de fondo del propio domicilio, siendo válido el divorcio aún cuando las causales de divorcio no sean admitidas por la ley nacional de los cónyuges. En el Canadá y en la Gran Bretaña el domicilio conyugal es siempre el domicilio del marido, cosa que no sucede en Estados Unidos en que la esposa puede tener domicilio propio y distinto.

b) Para resolver sobre divorcio son competentes los tribunales de la residencia de los cónyuges aunque no tengan su domicilio en ese país, o bien los tribunales a que se sometan expresamente, sin que se tome en cuenta para nada el referido domicilio. Tal es el caso de México, cuyo código civil declara que el estado y la capacidad de los habitantes de la República se rige por las leyes mexicanas, sean dichos habitantes nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes. El artículo 121 de la Constitución Mexicana dispone, en su fracción IV, que las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente... a la justicia que las pronunció.

Sobre estos puntos volveremos más adelante.

8.- VALIDEZ EN MEXICO DE MATRIMONIO DE EXTRANJEROS.

Aplicando el principio consagrado en el artículo 15 del Código Civil,²⁸ los matrimonios de extranjeros celebrados fuera de la República son reconocidos como válidos en México, a menos que el matrimonio sea contrario al principio monogámico, por ser éste de orden público.

9.- VALIDEZ EN MEXICO DE MATRIMONIO DE MEXICANOS EN EL EXTRANJERO.

A diferencia de lo que ocurre con extranjeros que contraen matrimonio fuera de la República, los mexicanos que se casan en el extranjero deben solicitar la transcripción del acta de la celebración del matrimonio en el Registro Civil en que se domicilien los

²⁶ El Código Bustamante fue ratificado sin reservas por Bolivia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, El Salvador y Venezuela. Con reservas por Brasil, República Dominicana y Chile.

²⁷ Actualmente los Tratados de Montevideo están en vigor en Argentina, Paraguay y Uruguay.

²⁸ "Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por la ley del lugar donde pasen..."

consortes. Si la transcripción se hace dentro de los tres meses siguientes a la fecha de su llegada a la República, los efectos civiles del matrimonio se retrotraerán a la fecha en que se celebró; si se hace después, sólo producirá efectos desde el día en que se hizo la transcripción.²⁹

Existe un inexplicable silencio de los tratadistas mexicanos sobre esta disposición legal, de aquí que proceda interpretarla conforme a la letra de la misma.

Para que dos mexicanos que hayan contraído matrimonio en el extranjero, se consideren legalmente casados conforme a las leyes mexicanas, se requiere que el acta en que conste su matrimonio se transcriba en el Registro Civil del domicilio conyugal.

Si permanecen casados en el extranjero y nunca establecen su domicilio en México, este requisito no debe satisfacerse, ya que la obligación de solicitar la transcripción del acta se cuenta a partir del momento de su llegada a la República.

Ahora bien, si dentro de los tres meses siguientes a su llegada a la República solicitan la transcripción, el matrimonio surtirá sus efectos como si se hubiera celebrado en México.

Si se dejaran pasar esos tres meses, el matrimonio surtirá sus efectos civiles sólo a partir del momento de la transcripción del acta en el Registro Civil.

Si nunca se ocupan de solicitar la transcripción del acta, no existe matrimonio a los ojos de la Ley Mexicana y por lo tanto serían aplicables, en su caso las reglas del concubinato.

Estimo que lo anteriormente expresado es aplicable a los matrimonios celebrados en el extranjero entre un cónyuge extranjero y un mexicano, cuando se establece el domicilio conyugal en la República.

10.- VALIDEZ DE LOS ACTOS DEL ESTADO CIVIL EN MEXICO CELEBRADOS CON ARREGLO A LAS LEYES DE LOS ESTADOS FEDERADOS.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 121 de la Constitución Mexicana, en cada estado de la Federación se dará entera fé y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un estado tendrán validez en los otros, de tal manera que un matrimonio legalmente celebrado en una entidad federativa produce todos sus efectos civiles en las demás.

11.- DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL. 12.- SISTEMAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN LA COMUNIDAD JURIDICA INTERNACIONAL. 13.- SITUACION EN MEXICO; NULIDAD, SEPARACION DE CUERPOS, DIVORCIO VINCULAR. 14.- CAUSALES DE DIVORCIO GENERALMENTE ACEPTADAS. 15.- CAUSALES DE DIVORCIO ESPECIFICAS DE ALGUNOS ESTADOS.

11.- DISOLUCION DEL VINCULO MATRIMONIAL.

Una vez celebrado el matrimonio conforme a las solemnidades que establece la ley, los cónyuges quedan unidos y obligados a cumplir los fines primarios y secundarios del matrimonio, así como a abstenerse de cometer actos que afecten substancialmente la estabilidad y existencia de la institución matrimonial.

Si los cónyuges encontraran que la vida en común se hace imposible, ya sea por actos afrentosos de uno a otro, por enfermedades que ponen en peligro la seguridad y la vida tanto del cónyuge como de los hijos, o, simplemente, porque la personalidad de uno de los esposos choca con la personalidad del otro, se puede recurrir a la institución jurídica llamada "divorcio".

El divorcio puede consistir simplemente en la separación de cuerpos, es decir, en la suspensión legítima de la obligación que tienen los cónyuges de vivir juntos, sin poder

²⁹ Art. 161 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

contraer nuevas nupcias; o en la disolución del vínculo matrimonial, por virtud de la cual ambas partes quedan en libertad de volver a casarse.

Las legislaciones civiles influidas por el Derecho Canónico no admiten el divorcio vincular, no obstante que hasta el siglo VIII predominó la interpretación que del Evangelio hizo San Mateo, estimando que por adulterio podía disolverse el matrimonio. En sentido contrario hubo la interpretación que llevaron a cabo San Lucas y San Marcos, en el sentido de que ni aún por ese motivo podría disolverse el matrimonio. En los primeros siglos del Cristianismo algunos Padres de la Iglesia permitieron el divorcio por esa causal. A partir del siglo VIII y hasta el siglo XIII se discutió en los concilios si era admisible el divorcio por adulterio, como única causa posible. Fue ganando terreno, sin embargo, la idea de que no era posible el divorcio... y en el siglo XIII quedó ya definitivamente establecido que el matrimonio consumado, entre bautizados, no podía disolverse jamás.²⁹ Bis.

12.- SISTEMAS ACTUALMENTE EN VIGOR EN LA COMUNIDAD JURIDICA INTERNACIONAL.

En la comunidad jurídica internacional existen diversas concepciones sobre el divorcio, concepciones que afectan substancialmente las relaciones matrimoniales con respecto a los esposos, a los hijos, a los bienes, etc.

En la actualidad cinco países latinoamericanos no admiten la institución del divorcio vincular,³⁰ en ellos, únicamente puede obtenerse la simple separación de cuerpos.

Todos los demás estados americanos incluso Canadá³¹ regulan en sus legislaciones la institución del divorcio vincular.

Con respecto a esta institución, debe hacerse una importante distinción entre el divorcio por mutuo acuerdo, y el divorcio necesario a solicitud de una sola de las partes.

En las legislaciones europeas, el Código Napoleón aceptó el divorcio por mutuo consentimiento, y lo siguieron el Código de Bélgica, el de Rumania y el de Luxemburgo.³²

"Son pocas las legislaciones europeas que admiten el divorcio voluntario.

"Tuvo su nacimiento en el Código Napoleón, como ya tuvimos ocasión de expresar, pero fue suprimido de dicho cuerpo legal, y actualmente en Francia no existe esta clase de divorcio. En cambio, se ha conservado en Bélgica y Luxemburgo, donde sigue rigiendo el primitivo texto del Código francés...

"Ni en Alemania, ni Suiza, ni Inglaterra, ni la legislación francesa, actualmente en vigor, admiten la expresada forma de divorcio puramente voluntario".³³

En Uruguay existe una forma *sui-generis* de divorcio voluntario, pues se le concede el derecho a la mujer de solicitarlo sin expresar razones que tiene para ello.³⁴ En América, además de México y Uruguay, se acepta el divorcio voluntario en Bolivia, Cuba, Guatemala, Panamá, Perú, El Salvador y Venezuela.

Por lo que se refiere al divorcio necesario, los tratadistas acostumbra clasificarlo en dos grandes formas: el divorcio sanción y el divorcio remedio. Se llama divorcio sanción a

29 Bis ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 361

30 Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Paraguay

31 Con excepción de la Provincia de Quebec.

32 ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 356.

33 FERNANDEZ CLERIGO, Luis. *El Derecho de Familia en la Legislación Comparada*. Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana, México, 1947. p. 162. Citado por Rojina Villegas. Ibid.

34 Artículo 1o. de la Ley del 9 de septiembre de 1913, que reforma la Ley del Divorcio del 28 de octubre de 1907; "Se adiciona el artículo 1o. con el siguiente inciso: "También procederá el divorcio por la sola voluntad de la mujer". La doctrina uruguaya lo explica como una delicadeza hacia la mujer, a quien resulta penoso detallar los hechos que motivan su divorcio. Cf. Jesús de GALINDEZ, Op. Cit. p. 17. Nota 10.

aquel que se establece por causas graves, como delitos, hechos inmorales, actos que implican el incumplimiento de las obligaciones fundamentales en el matrimonio, o que sean contrarios al estado matrimonial, por cuanto que destruyan la vida en común, así como los vicios: abuso de drogas enervantes, embriaguez consuetudinaria, o el juego cuando constituya un motivo constante de desavenencia conyugal. El divorcio remedio ya no supone culpa, sino que se decreta la disolución del vínculo para proteger al cónyuge sano o a los hijos cuando existan enfermedades crónicas e incurables, que sean además contagiosas o hereditarias.³⁵

He aquí pues, en resumen, los principales sistemas en materia de divorcio que se observan en la actualidad:

- 1.—Rechazo absoluto del divorcio vincular (Italia, España, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay).
- 2.—Rechazo del divorcio vincular para los católicos (Austria).
- 3.—Admisión del divorcio como sanción (Francia, Holanda).
- 4.—Admisión del divorcio—sanción y del divorcio-remedio (Alemania, Suiza).
- 5.—Admisión del divorcio por mutuo consentimiento (México).
- 6.—Admisión del divorcio por voluntad de uno de los cónyuges (Uruguay).³⁶

13.- SITUACION EN MEXICO: NULIDAD, SEPARACION DE CUERPOS, DIVORCIO VINCULAR.

Tanto en la Ley de Matrimonio Civil de 1859, como en los Códigos Civiles de 1870 y de 1884, el matrimonio en México fue declarado indisoluble; pero se admitió la separación de cuerpos.

Este sistema de divorcio por separación de cuerpos fue por primera vez abolido por la Ley de Relaciones Familiares del 29 de diciembre de 1914, cuyo artículo primero dispuso: "El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges, cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo, por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima".

El Código Civil vigente, de 1928, recogió esta noción y la incorporó en sus disposiciones, como ya lo hicieron también todos los códigos civiles de los estados de la Federación, por lo que en México se acepta el divorcio vincular en todos los sistemas que están en vigor dentro de su territorio.

Por lo que se refiere a las formas que en México se conocen para impugnar o disolver la existencia del vínculo matrimonial, debemos hacer referencia a las siguientes:

I. *Inexistencia*. - Sólomente es causa de inexistencia del matrimonio el hecho de que se realice sin satisfacer las formalidades esenciales que la ley señala, pues cualquiera podrá presentar demanda para demostrar que no hay matrimonio, incluyendo al Ministerio Público.³⁷

³⁵ ROJINA VILLEGAS, Op. Cit. p. 363.

³⁶ CASTAN TOBENAS, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*. Citado por Rojina Villegas, Op. Cit. p. 362.

³⁷ Art. 249 del Código Civil. Pero aun en este caso, la intención de la ley es limitar al máximo la posibilidad de impugnar la existencia del matrimonio, pues el artículo 250 ordena que "(n)" o se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el oficial del Registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial". Por falta de técnica, el artículo habla de nulidad, cuando debió haber hablado de inexistencia.

II.- *Nulidad absoluta*.— De acuerdo con la teoría general de las nulidades de los actos jurídicos, éstas pueden ser absolutas o relativas. Son nulidades absolutas aquellas que no prescriben, son inconfirmables y pueden ser intentadas por cualquier interesado. En materia de matrimonio en México, sólo son causa de nulidad absoluta la existencia de un matrimonio válido anterior, y el incesto.³⁸

III.- *Nulidad relativa*. Son nulidades relativas aquellas que deben hacerse valer dentro de un plazo determinado, que pueden convalidarse por ratificación expresa o tácita, o que solamente pueden ser invocadas por el directamente perjudicado. La mayoría de las nulidades matrimoniales, en México, son de este tipo, de aquí que sólo ejemplificaré: Tratándose de un parentesco de consanguinidad susceptible de dispensa, si se obtiene ésta después de celebrado el matrimonio, ambos cónyuges pueden reiterar su consentimiento por medio de un acta ante el oficial del Registro Civil, y en esa virtud el matrimonio quedará revalidado, surtiendo todos sus efectos legales desde el día que primeramente se contrajo.³⁹ La nulidad por falta de consentimiento de los ascendientes también es relativa, dado que sólo puede alegarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento, dentro de treinta días contados desde que tengan conocimiento del matrimonio.⁴⁰

IV.- *Separación de cuerpos*. Contra lo que generalmente se piensa, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de la República Mexicana, todavía reconoce la separación de cuerpos sin llegar al divorcio vincular. Dicha separación queda a opción del cónyuge que, teniendo derecho a solicitar el divorcio vincular, no desea hacerlo. Sólo se autoriza la separación de cuerpos cuando uno de los cónyuges contrae alguna enfermedad crónica o incurable, que sea, además, contagiosa o hereditaria, o se vea afectado de impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio, o de enajenación mental incurable. El juez, con conocimiento de causa, podrá decretar la suspensión de la obligación de cohabitar con el otro cónyuge, quedando subsistentes las demás obligaciones creadas por el matrimonio.⁴¹

V.- *Divorcio vincular*. Por disposición de la ley, el divorcio disuelve el vínculo del matrimonio y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro.⁴²

14.- CAUSALES DE DIVORCIO GENERALMENTE ACEPTADAS.

De acuerdo con la ley mexicana, y tomando en consideración las causales que se admiten en todos o casi todos los códigos civiles de los estados de la Federación, algunos tratadistas han agrupado dichas causales en la siguiente forma:⁴³

- a) Causas eugenésicas.
- b) Causas fundadas en la infidelidad de los cónyuges.
- c) Causas fundadas en la separación de los esposos.
- d) Causas fundadas en el abandono de las obligaciones alimentarias.
- e) Causas fundadas en la falta de respeto de uno de los cónyuges, a la persona del otro.
- f) Causas fundadas en la conducta inmoral de uno de los cónyuges.

250 ordena que "(n) o se admitirá demanda de nulidad por falta de solemnidades en el acta de matrimonio celebrado ante el oficial de registro Civil, cuando a la existencia del acta se una la posesión de estado matrimonial". Por falta de técnica, el artículo habla de nulidad, cuando debió haber hablado de inexistencia.

38 Artículo 248 y 241 del Código Civil.

39 Artículo 241 del Código Civil.

40 Artículo 238 del Código Civil.

41 Artículo 277 del Código Civil.

42 Artículo 266 del Código Civil.

43 AGUILAR GUTIÉRREZ, Antonio y DERRÉZ MUÑOZ, Julio, *Panorama de la legislación Civil de México*. Instituto de Derecho Comparado de la U.N.A.M. México, 1960.

15.- CAUSALES DE DIVORCIO ESPECIFICAS DE ALGUNOS ESTADOS.

Los tratadistas aludidos⁴⁴ hacen notar que "(l)a Ley de Relaciones Familiares introdujo en el Derecho mexicano el mutuo consentimiento como causa de divorcio, o sea... una rescisión voluntaria del contrato y no ya una sanción por la falta de cumplimiento de las obligaciones que incumben a los cónyuges. Pero además de dicha ley se han introducido en nuestro derecho otras causas de divorcio que tienen su origen en el Derecho anglosajón, tales como la incompatibilidad de caracteres, que se regula en los códigos civiles de Chihuahua, Campeche y Yucatán... También dentro de esas causas hay que considerar la "crueldad mental" de uno de los esposos, sin que se defina en qué consiste esa crueldad. Esta causa existe en los Códigos Civiles de Morelos y Sonora, donde se considera como causa de divorcio la "extorsión mental" de un cónyuge por el otro, siempre que "implique crueldad mental" y haga imposible la vida conyugal a juicio del juez o tribunal.

"En Oaxaca es causa de divorcio la "actitud antisocial" de uno de los esposos, que puede ser alegada en cualquier tiempo, sin que el Código defina lo que entiende por "actitud antisocial".

"Por último el desistimiento de una acción de divorcio intentada por uno de los cónyuges, da derecho al otro a demandar a su vez el divorcio en los Códigos Civiles de los Estados de Morelos y Sonora; y en la Ley de Divorcio de Chihuahua es también causa de divorcio la circunstancia de que uno de los cónyuges hubiera consentido, por escrito, en divorciarse del otro consorte.

"Para terminar, diremos que en el Código civil de Tamaulipas se regula una causa genérica de divorcio, pues este ordenamiento dice que procede el divorcio "por cualquier otra causa de gravedad semejante a las enumeradas en este Código, y que haga, a juicio de los tribunales, inconvenientes las relaciones sexuales de los cónyuges".

16. COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA DE DIVORCIO. 17.- REGLAS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE DIVORCIO EN MEXICO. 18.- EL FRAUDE A LA LEY EN MATERIA DE DIVORCIO. 19.- LOS LLAMADOS DIVORCIOS MEXICANOS. 20.- DIVORCIOS BILATERALES, DIVORCIOS EX-PARTE Y DIVORCIOS POR CORRESPONDENCIA. 21.- VALIDEZ EN EL EXTRANJERO DE SENTENCIAS DE DIVORCIO DICTADAS EN MEXICO.

16.- COMPETENCIA JURISDICCIONAL EN MATERIA DE DIVORCIO.

De acuerdo con el tratadista José Luis Siquieros,⁴⁵ "el divorcio, la separación de cuerpos y la nulidad del matrimonio son materias comprendidas dentro del *status* de las personas. En estas materias se advierte una clara influencia de las reglas admitidas para la competencia legislativa y la mayor parte de los autores propugnan por una coincidencia entre la ley aplicable al fondo y la que determina la competencia de los tribunales. Esta tendencia se advierte también en el derecho convencional. El Código Bustamante,⁴⁶ los Tratados de Montevideo,⁴⁷ y el *Restatement*,⁴⁸ atribuyen competencia al juez del domicilio de los esposos para conocer las acciones relativas a su divorcio, siendo la misma ley del domicilio conyugal la que debe regir la disolubilidad del matrimonio".

44 Ver supra. Nota 43.

45 *Competencia jurisdiccional en materia de divorcios extranjeros*. "Lecturas jurídicas". N° 15. Escuela de Derecho de la Universidad de Chihuahua. Abril-Junio de 1963. p. 3.

46 Artículos 52, 54 y 55.

47 Tratado de 1940. Art. 15.

48 Se refiere Siquieros al *Restatement of the Law of the Conflict of Laws* que contiene una compilación de las normas de conflictos de leyes vigentes de la Unión Americana.

El propio Siqueiros aclara que en los Estados Unidos las acciones relativas al matrimonio se consideran *in rem*, siendo competente para conocer de las mismas el tribunal donde procesalmente se considera situada la *marital res*, por lo que se llega así a la coincidencia entre las reglas de fondo y la *lex fori*.

En el Derecho británico, así como en las provincias sajonas del Canadá, es la ley del domicilio conyugal, entendiéndose por tal el del marido, la que rige tanto la competencia judicial como la competencia legislativa.⁴⁹ En la Provincia de Quebec, el Código Civil declara que "el matrimonio sólo puede disolverse por la muerte natural de uno de los cónyuges; mientras vivan los dos, es indisoluble".

El Convenio Internacional para la Regulación de los Conflictos de Leyes y de Jurisdicciones en materia de Divorcio y de Separación de Cuerpos, firmado en La Haya el 12 de junio de 1902 por países europeos exclusivamente, señaló como tribunales competentes aquellos que se designaran como tales por la ley nacional de los esposos o los que resultaran competentes con arreglo a la ley del lugar de su domicilio; sin embargo, si conforme a su ley nacional los esposos no tienen el mismo domicilio, será competente el tribunal del domicilio del demandado.

Resumiendo, las reglas internacionales admitidas para determinar la competencia judicial en materia de divorcios son las siguientes:

- a) La Ley nacional de los cónyuges.
- b) La Ley del domicilio conyugal. En caso de que la vida marital se hubiere interrumpido, podrá ser competente el tribunal del lugar donde el demandado se encuentra domiciliado. En la Gran Bretaña y en el Canadá, todo juicio de divorcio debe iniciarse ante el juez del domicilio del marido, ya que la esposa nunca adquiere un domicilio propio y distinto.⁵⁰
- c) La ley del lugar de celebración del matrimonio, ya que, sin perjuicio de la nacionalidad o domicilio de las partes, serán competentes para conocer de su divorcio los tribunales de la jurisdicción donde la unión se llevó a cabo.⁵¹

17.- REGLAS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE DIVORCIO EN MEXICO.

No obstante que en México las cuestiones matrimoniales están reservadas a los estados y por lo tanto no existe una legislación federal en materia de divorcio, el Código Federal de Procedimientos Civiles contiene una disposición por virtud de la cual se establece que, por razón de territorio, es competente para conocer de los negocios de divorcio y de los juicios de nulidad de matrimonio, el tribunal del domicilio conyugal; pero tratándose de abandono de hogar lo será el del domicilio del cónyuge abandonado.⁵²

Resulta interesante esta disposición, porque si bien es cierto que nunca va intentarse un juicio de divorcio con base en el Código Federal de Procedimientos Civiles, cualquier conflicto de competencia que surge entre tribunales de diferentes estados debe resolverse conforme a lo dispuesto por el citado Código Federal, de aquí que sea necesario que dicho Código contenga reglas específicas sobre este materia.⁵³

Por otra parte, haciendo un análisis de las diversas disposiciones procesales que rigen la competencia en México en materia de divorcio, nos encontramos con estas directivas generales:

49 Le Mesurier vs. le Mesurier (1895) Consejo Privado en apelación de Ceylán

50 CASTEL, L. G. *Jurisdicción en materia de divorcio y reconocimiento de sentencias de divorcios extranjeras en el Canadá*. inédito a la fecha de estas normas, pero próximo a publicarse en el "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México".

51 SIQUEIROS Op. Cit.

52 Código Federal de Procedimientos Civiles, Art. 27

53 Aunque las materias relativas a tutela de menores e incapacitados, así como las cuestiones sobre licencia matrimonial y nulidad de matrimonio, abandono de hogar, o asuntos de divorcio no son federales, atendiendo a que las competencias entre diversos órganos locales deben resolverse por los Tribunales de la Federación, los artículos 25 a 27 se ocupan de estas cuestiones competenciales llenando así un hueco de la legislación actual, conforme a la que se dan casos de verdadera laguna, porque, a falta de disposición idéntica en los códigos que norman la competencia de los diversos Estados, el conflicto competencial ha de decidirse conforme a las propias disposiciones del Código Federal, y, si en éste no existe disposición sobre los casos de que se trata, no es posible resolver esas contendas sin forzar los casos, haciéndolos caer indebidamente en otras disposiciones, inaplicables. Exposición de motivos del Código Federal de Procedimientos Civiles. Información Aduanera de México. Tercera Edición 1957, p. 31

a) La regla es que sea competente el juez del domicilio conyugal, cuando los esposos hayan vivido juntos hasta el momento de iniciarse el juicio relativo.

b) En ausencia de domicilio conyugal, será competente el juez del domicilio del demandado.

c) Finalmente, y como excepción a las dos reglas antes expresadas, es competente el juez del domicilio del actor cuando se invoque la causal de abandono de hogar.

Sin embargo, debemos destacar que al lado de estas directivas generales, existen ciertas disposiciones procesales que otorgan competencia a jueces que, normalmente, carecerían de ella.

La más importante es, sin duda alguna, la que se basa en el principio generalmente aceptado en México en el sentido de que la competencia jurisdiccional por razón de territorio es la única que se pueda prorrogar. Para que dicha prórroga pueda tener lugar se requiere el mutuo consentimiento de las partes, expreso o tácito.⁵⁴

La prórroga de competencia territorial no presupone la comprobación de que las partes, o una de ellas al menos, se hayan domiciliado previamente en el ámbito competencial del juez. Por lo tanto se carece del "punto de conexión" que exige la doctrina en el Derecho Internacional Privado, pues al faltar tanto el domicilio como la residencia y el lugar de celebración del acto, la relación procesal de juez a partes se establece por la simple voluntad de éstas. Sin embargo, la mayoría de los Códigos procesales en México⁵⁵ aceptan esta forma de fincar competencia, y la propia Constitución ordena que las sentencias dictadas sobre derechos personales en un Estado, deberán ejecutarse en otro si la parte condenada se sometió *expresamente*, o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció.⁵⁶

18.- EL FRAUDE A LA LEY EN MATERIA DE DIVORCIO.

Sin entrar a discutir la espinosa cuestión general de Derecho Internacional Privado, relativa a si existe realmente el fraude a la ley o no; baste para este trabajo aceptar que cuando se busca deliberadamente el acogimiento a un orden legal que favorece nuestras intenciones, siéndonos este orden legal *normalmente* inaplicable, estamos configurando un fenómeno jurídico al que tradicionalmente se le ha llamado fraude a la ley.

El fraude a la ley en materia de divorcio se configura de diversas maneras. Por cuanto a ley de fondo aplicable, puede versar sobre la indisolubilidad misma del vínculo matrimonial, propiciando a las partes afectadas a acogerse a sistemas que sí aceptan la disolución del vínculo y dejan en libertad a los cónyuges de contraer nuevas nupcias. O bien, puede versar solamente sobre las causales de divorcio, orillando a las partes a buscar un clima jurídico más tolerante que admita un mayor número de causales para estar en posibilidad de disolver el matrimonio más fácilmente.

Por cuanto a las normas del procedimiento, las partes pueden evadir la ley procesal competente por infinidad de artificios, a saber, estableciendo un domicilio conyugal ficticio, prorrogando voluntariamente la competencia territorial del juez de la causa, estableciéndose el actor en un fuero que fije su competencia por la residencia del actor, etc.

Tradicionalmente, según lo hemos dicho,⁵⁷ la doctrina considera *normalmente* competentes en materia de divorcio a los tribunales que señalan la ley nacional de las partes, la ley del domicilio conyugal o la ley del lugar de celebración del matrimonio.

Cuando un Estado no reconoce el divorcio vincular y el matrimonio se contrajo de acuerdo con sus leyes y por nacionales suyos, es sumamente difícil que los cónyuges obtengan el reconocimiento en ese Estado, de una sentencia de divorcio.

54 Sobre el particular, consúltese el magnífico estudio de Siqueiros citado en la Nota 45.

55 La única excepción la constituye el ordenamiento procesal del Estado de Morelos, cuyo artículo 75 establece: "En los juicios sobre estado civil de las personas, la competencia por razón de territorio no es prorrogable".

56 Artículo 121 constitucional, fracción III. El énfasis es mío.

57 Ver *supra*, Número 16.

La jurisprudencia ofrece casos interesantísimos de los cuales sólo citaremos tres:

El caso Bauffremont. - Este caso fue resuelto por el Tribunal de Casación de Francia en 1878. En la sentencia que se dictó, se afirmó que el cambio de nacionalidad de una mujer casada para los puros efectos de acogerse a una ley que admitía el divorcio vincular, debía tenerse por fraudulento y por lo tanto, Francia no estaba obligada a reconocer una sentencia de divorcio dictada en Alemania sobre bases fraudulentas.

El caso Ferrari. - Paradójicamente en 1922, el propio Tribunal de Casación de Francia aceptó que una mujer italiana, casada con italiano conforme a las leyes de Italia, pudiera divorciarse en Francia por haberse naturalizado previamente francesa.

Es de notarse que la doctrina criticó acremente esta sentencia, pues carecía de bases doctrinales aceptables y demostraba una parcialidad manifiesta en favor de nacionales franceses.

Niboyet, al criticar esta resolución, sostuvo que "un contrato debe asegurar el mismo régimen a los dos cónyuges, por lo que hay que decidir, forzosamente, que si uno solo de los cónyuges cambia de nacionalidad, este cambio no puede influir en su régimen matrimonial; la última ley común es la que hay que tener en cuenta. Para que este derecho adquirido desapareciese, sería preciso un doble cambio de nacionalidad".⁵⁸

El caso Tortonia. - Este caso fue decidido por los tribunales del Estado de Connecticut. El problema versó sobre la posibilidad de una norteamericana de obtener en ese Estado un divorcio vincular, no obstante haberse casado por la ley italiana con un nacional de Italia. La resolución fue favorable a la norteamericana, pues se estableció que las leyes de un país se hacen para proteger a los nacionales, sin que la ley extranjera varíe ni pueda variar este principio de orden público.

Resumiendo, podríamos decir que en la actualidad ningún país que no reconozca el divorcio vincular estará dispuesto a reconocer validez a una sentencia que pretenda disolver un matrimonio celebrado al amparo de sus leyes.

Por su parte, los países que rijan el estado y la capacidad de las personas por la ley nacional de los cónyuges, se negarán a divorciar a quienes su ley personal no les permita divorciarse, variando su criterio si la parte que solicita el divorcio se naturaliza previamente.

En cambio, los países que rijan el estatuto personal por la ley del domicilio, divorciarán aún a aquellos que por su ley nacional no puedan divorciarse.

19.-LOS LLAMADOS DIVORCIOS MEXICANOS.

Por circunstancias especiales, México es conocido en la comunidad jurídica internacional por la facilidad que algunos de sus Estados dan para eludir la ley normalmente aplicable en materia de divorcio.

Existe, además, la circunstancia ya mencionada de que México permite irrestrictamente la prórroga de la competencia territorial,⁵⁹ de modo que dos extranjeros que voluntariamente se sometan a los tribunales mexicanos, pueden obtener un divorcio en México, sin que el juez pueda oponerse justificadamente a conocer del asunto. En contra de esta postura de nuestro país, tenemos la del Código Bustamante que acepta la prórroga competencial en materia de acciones civiles, siempre y cuando uno de los litigantes, por lo menos, sea nacional del Estado a que el juez del sometimiento pertenezca o tenga en él su domicilio. Los Tratados de Montevideo de 1889 no admitieron la sumisión tácita o expresa a determinada jurisdicción; sin embargo, los de 1940, sin aceptar como norma general la de respetar la voluntad de las partes, permiten la prórroga territorial de la

58 NIBOYET, J.P. *Principios de Derecho Internacional Privado*. Editora Nacional, S.A. Edición 1928 reimpresa en 1951

59 Con la excepción del Código Procesal del Estado de Morelos ya citado - Art. 75 "En los juicios sobre estado civil de las personas, la competencia por razón de territorio no es prorrogable".

competencia si el demandado admite voluntariamente el emplazamiento, pero sólo en el caso de acciones referentes a derechos patrimoniales.⁶⁰

Varios códigos procesales vigentes en la República, incluyendo el federal, declaran competente al juez del domicilio del cónyuge que se dice abandonado para conocer de un juicio de divorcio en México. La Suprema Corte de Justicia del país ha interpretado estas disposiciones de la manera más amplia posible, pues en reciente ejecutoria ha declarado que la competencia no se ve afectada si el cónyuge que se dice abandonado no llega a probar dicho abandono.⁶¹ Esto quiere decir que se pueden invocar varias causales para obtener un divorcio en México, incluyendo entre ellas la de abandono de hogar. Si se llegan a probar todas menos esta última, a los ojos de la Corte la sentencia habrá sido dictada por juez competente, no obstante que la causal que surtió su competencia no se probó.

Una de las Leyes en esta materia que más fama ha dado a México en el extranjero es la Ley de Divorcio del Estado de Chihuahua, que parece haberse diseñado ex-profeso para invitar a todo aquel que desea divorciarse y no puede hacerlo bajo su régimen legal normalmente aplicable, a acudir a ella.

Efectivamente, el artículo 22 de dicha Ley dispone que es juez competente para conocer del divorcio contencioso el del lugar de la residencia del actor; y del divorcio por mutuo consentimiento, el de la residencia de cualquiera de los cónyuges. Dicha residencia se acreditará con la constancia respectiva que se obtenga en el Registro Municipal del lugar.

En la realidad las cosas ocurren de la siguiente manera:

Uno de los cónyuges se traslada personalmente a una población del Estado de Chihuahua, generalmente la ciudad fronteriza de Juárez. Acude a las oficinas municipales, se inscribe en el Libro de Residentes del Municipio y obtiene una constancia que lo acredita como "residente" en dicha jurisdicción. Acto seguido presenta una demanda de divorcio ante un tribunal de la ciudad, invocando una causal de estimación subjetiva, tal y como puede ser la "incompatibilidad de caracteres". Satisfechos estos requisitos, regresa a su lugar de origen, dejando a un abogado encargado del trámite del juicio. Los tribunales norteamericanos han distinguido, sin embargo, dentro de este esquema general, tres tipos de divorcios: bilaterales, *ex-parte* y "por correspondencia".

20.- DIVORCIOS BILATERALES, DIVORCIOS EX-PARTE Y DIVORCIOS POR CORRESPONDENCIA.

La razón por la cual han sido los tribunales neoyorkinos los que han hecho una clasificación tan peculiar de los divorcios que se obtienen en fueros extraños, es la de que en el Estado de Nueva York es causa única de divorcio el adulterio comprobado, por lo que miles de parejas casadas conforme a las leyes del Estado de Nueva York han emigrado tanto a otros Estados de la Unión como a otros países, para obtener la disolución del vínculo matrimonial, disolución cuya validez ha tenido que ser revisada por los tribunales neoyorkinos.

"En los casos de divorcios migratorios se acostumbra distinguir entre sentencias dictadas *ex-parte*, y sentencias bilaterales. En las sentencias *ex-parte* solamente uno de los cónyuges se apersona en el juicio que se lleva ante una jurisdicción extraña, mientras el otro permanece en casa y no participa en el proceso aún cuando puede suceder que se le haya notificado la iniciación del mismo. El segundo tipo de proceso de divorcio es de carácter bilateral. Uno de los cónyuges está físicamente presente en la jurisdicción que dictará la sentencia, y el otro habitualmente comparece por medio de apoderado. Este proceso ha estado precedido, generalmente, por un período de negociaciones en el curso de las cuales las partes han intentado resolver todos sus problemas relativos a propieda-

⁶⁰ Siqueiros. Op. cit.

⁶¹ Amparo directo 7803/58 interpuesto por María Cristina de Borbón.

des, pensión alimenticia, custodia y derecho de visita a los hijos, seguros, derechos sucesorios, impuestos, etc. Los acuerdos de las partes sobre estas materias están incluidos en un convenio de separación. Después de que dicho convenio es firmado, uno de los cónyuges acude a la jurisdicción extraña con la bendición, cooperación y comparecencia del otro, de tal manera que el matrimonio pueda disolverse por una sentencia de divorcio"⁶²

Por lo que se refiere a divorcios *ex-parte*, el mismo profesor Ploscowe declara que los tribunales norteamericanos han acumulado una abundante jurisprudencia, cuyo resultado final es la idea, "engñosamente simple", de que sólo debe darse entera fe y crédito a una sentencia de divorcio, cuando la persona en cuyo favor se dictó estableció un domicilio de buena fe en el estado que concede el divorcio, y, si además, se llenó el requisito del debido proceso legal en relación con la notificación que debió hacerse al cónyuge demandado.

"La primera cuestión a dilucidar es cuánto tiempo debe uno pasar en el estado ante el que se va a llevar el juicio de divorcio, para convertirse en un domiciliario de buena fe. En el importante caso *Rice*, la Suprema Corte (de los EE.UU.) no creyó que cuatro meses y medio en Nevada fueran suficientes para obtener un domicilio de buena fe... Obviamente, si cuatro meses y medio en Nevada no son suficientes para obtener el beneficio constitucional (norteamericano) de entera fe y crédito, un día en México es igualmente inadecuado para pedir de los tribunales norteamericanos el reconocimiento de un divorcio *ex-parte*, por simple aplicación de la doctrina de la cortesía. La mayoría de los divorcios mexicanos *ex-parte*, se obtienen después de una corta estancia de uno o dos días. Tales sentencias son tan nulas como las norteamericanas obtenidas en circunstancias similares"⁶³

El divorcio por correspondencia (*mail ordered divorce*) se tramita por el sometimiento que ambas partes efectúan por conducto de sus respectivos apoderados. Difieren de los divorcios bilaterales y de los divorcios *ex-parte* en que ni siquiera el actor acude personalmente a juicio. Un apoderado mexicano del demandante inicia el juicio ante un juez del Estado de Chihuahua invocando la causal de divorcio que se acostumbra invocar en estos casos (incompatibilidad de caracteres), y un apoderado del demandado se allana a la demanda. "Sin embargo, como en todo caso se cumplen los elementos determinantes de la prórroga competencial, la sentencia se dicta en igual forma"⁶⁴ que si se tratara de un verdadero juicio bilateral.

21.- VALIDEZ EN EL EXTRANJERO DE SENTENCIAS DE DIVORCIO DICTADAS EN MÉXICO.

Con vista en lo anteriormente expresado, y para terminar esta somera revisión de las cuestiones matrimoniales y de divorcio a la luz del Derecho Internacional Privado, daré una breve noticia sobre la probable efectividad de sentencias de divorcio dictadas en México en algunos ámbitos jurídicos extraños:

a) En Nueva York. - Si hemos de atender a lo que expresa el profesor Ploscowe en su conferencia citada,⁶⁵ Nueva York reconoce las sentencias de divorcio cuando las dos partes han comparecido ante el tribunal que dicta la sentencia, y una de ellas, por lo menos, ha satisfecho los requisitos de residencia o domicilio que exige la *lex fori*, aunque dicho domicilio no se haya establecido de buena fe.⁶⁶ Empezando con *Leviton v. Leviton* en 1938, los tribunales de Nueva York han dado validez a innumerables sentencias de divorcio dictadas en México, atendiendo a que las partes en litigio, o por lo menos una de ellas, comparecieron físicamente ante el juez de la causa.⁶⁷ Por el contrario, divorcios *ex-*

62 PLOSCOWE, Morris. La validez de los divorcios mexicanos. Conferencia dictada ante la American Foreign Law Association el 3 de marzo de 1964. Traducción de Jorge Aurelio Carrillo.

63 Ibid.

64 Siqueiros. Op cit.

65 Ver supra Nota (62).

66 *Gould v. Gould* (235 N.Y. 14); *Glaser v. Glaser* (276 N.Y. 296) y *Matter of Rhineland* (290 N.Y. 31) son los casos que cita el profesor como expresión del criterio judicial neoyorkino.

67 Un artículo publicado en la página editorial del *New York Law Journal* de septiembre 13 de 1963, lista 30 resoluciones en las que se han reconocido otras tantas sentencias dictadas en las condiciones aludidas.

parte y divorcios "por correspondencia" no han sido reconocidos por los tribunales de este Estado.

Conviene mencionar, sin embargo, dos importantes resoluciones dictadas recientemente por la Corte Suprema de Nueva York (aunque las dos estén pendientes de revisión), en las que esta política parece estar cambiando. Son los casos *Wood v. Wood*⁶⁸ y *Rosenstiel v. Rosenstiel*.⁶⁹ En ambos casos se ha declarado nulo un segundo matrimonio, después de haberse obtenido un divorcio ante los tribunales del Estado de Chihuahua. Al efecto se ha invocado el principio general, sostenido en los Estados Unidos, en el sentido de que no debe darse validez a un divorcio decretado por un juez incompetente, como era el caso, debido a que la competencia debe fincarse en razón de un domicilio adquirido de buena fe. En el lenguaje del Juez Coleman, quien decidió el caso *Wood*, "la demadada y el Sr. Kaufmann (su anterior marido) violaron expresamente la sección 51 de la Ley de Relaciones Domésticas de Nueva York que prohíbe cualquier convenio entre esposo y esposa para alterar o disolver un matrimonio...". Es aún prematuro decir si esta nueva tendencia va a cambiar la jurisprudencia establecida en el Estado de Nueva York.

b) *En Estados Unidos en general*.- Los divorcios dictados en países extranjeros se reconocen en Estados Unidos sobre la base de la llamada cortesía. La Cortesía fue invocada por el Juez Conway en su voto particular en el caso *Rosenbaum*, en la siguiente forma:

"Ya desde 1862 este tribunal, definiendo la ley en este Estado, declaró en *Lazier v. Wescott* (26 N. Y. 146) que una sentencia obtenida en un país extranjero es definitiva en el sentido de que impide volver a juzgar los hechos, y el demandado puede impugnarla sólo probando que el tribunal no tenía jurisdicción sobre el asunto o sobre su persona, o bien que la sentencia se obtuvo fraudulentamente. Y en *Gould v. Gould* (235 N. Y. 14, 27) que versaba sobre una sentencia de divorcio extranjera, citamos concurriendo del juicio *Hilton v. Guyot* (159 U.S. 113, 168) lo siguiente: "Una sentencia que afecta el estado de las personas, tal como lo es una sentencia que confirma o disuelve un matrimonio, se tiene como válida en todos los países, a menos que sea contraria al orden público de sus propias leyes..."⁷⁰

Sin embargo, para que se llene el requisito de que habla el Juez Conway en el sentido de que el tribunal debe haber tenido jurisdicción sobre el asunto para que se reconozca validez a la sentencia extranjera, es preciso probar, en materia de divorcio, que el juez que dictó dicha sentencia era el juez del domicilio del actor o del demandado, o del domicilio conyugal en su caso, y que ese domicilio fue adquirido de buena fe. Además, es el tribunal que debe reconocer validez a la sentencia extranjera el que decide sobre este particular, es decir, el que en última instancia juzga sobre la buena fe en la adquisición del domicilio, habiéndose dado casos en que aún sentencias dictadas por un Estado de la misma Unión Americana no han sido reconocidas por otro, no obstante la cláusula de entera fe y crédito de la Constitución federal norteamericana.⁷¹

El criterio, pues, que en términos generales prevalece en los Estados Unidos "es que la ley del foro rige el derecho al divorcio y que las acciones relativas al matrimonio se consideran *in rem*, siendo competente para conocer de las mismas el tribunal donde procesalmente se considera situada la *matrimonial* llegándose así a la coincidencia entre las reglas de fondo y la *lex fori*. La Suprema Corte de los Estados Unidos ha mantenido la tesis de que la jurisdicción en materia de divorcios, para ser reconocida extraterritorialmente, debe estar basada en el domicilio adquirido de buena fe"⁷²

c) *En América Latina*.- El hecho de que Uruguay acepte el divorcio vincular, y sus tres países limítrofes (Argentina, Brasil y Paraguay) no lo aceptan, ha dado lugar a abundante jurisprudencia, motivada por los nacionales de estos tres países que se han divorciado en el primero, la cual, *mutatis mutandi*, sería aplicable a divorcios obtenidos en México.

68 *The New York Law Journal*. Agosto 15 de 1963.

69 *Id.* Mayo 20, 1964.

70 PLOSCOWE, conferencia citada.

71 *Williams v. North Carolina* 317 US 287 y 325 U.S. 226 (1945).

72 Siqueiros, *op. cit.*

En el Uruguay se aplica el principio de la ley del domicilio establecido en los Tratados de Montevideo, y, por lo tanto, sus tribunales divorcian a los extranjeros que residen en dicho país, apreciando esta residencia con criterio amplísimo. Además, conforme al artículo 185 del Código Civil uruguayo, las sentencias de separación de cuerpos dictadas en otros países pueden transformarse, mediante un procedimiento relativamente rápido, en sentencias de divorcio. Por otra parte, se consideran competentes los tribunales uruguayos aunque la esposa esté radicada en el extranjero, si el esposo tiene su domicilio en Uruguay.⁷³

En Argentina la jurisprudencia ha adoptado diversos criterios frente al problema del reconocimiento de sentencias de divorcio extranjeras, por razón, fundamentalmente, de no admitirse en dicho país el divorcio vincular.

Las disposiciones legales que han dado origen a las sentencias que a continuación vamos a reseñar brevemente son las siguientes:

1) El Artículo 7º de la Ley del Matrimonio Civil dispone que la disolución en país extranjero de un matrimonio celebrado en la República Argentina, aunque sea de conformidad con las leyes de aquél, sino fuera con las de este Código no habilita a ninguno de los cónyuges para casarse.

2) El Artículo 14º del Código Civil dice que las leyes extranjeras no son aplicables cuando se opongan a la moral y a las buenas costumbres, y cuando su aplicación fuera incompatible con el espíritu de la legislación argentina.

3) el Artículo 13 del Tratado Sobre Derecho Civil de Montevideo, según lo hicimos notar en su oportunidad, dispone que la ley del domicilio matrimonial rige tanto la separación conyugal como la disolubilidad del matrimonio, siempre que la causal alegada sea admitida por la ley del lugar en que se celebró.

4) Finalmente, el Artículo 5º del Tratado de Montevideo Sobre Procedimiento Civil dispone que los fallos dictados en un país tendrán la misma fuerza ejecutoria en los demás países signatarios, siempre que no se opongan a las leyes de orden público del país de su ejecución.

La jurisprudencia argentina, con base en las disposiciones antes mencionadas, se ha negado a reconocer divorcios obtenidos en el Uruguay por nacionales argentinos, porque ha estimado que, en la mayoría de los casos, se han obtenido sobre la base de un falso domicilio uruguayo ya que para considerar establecido tal domicilio se exige una residencia normal, esto es, un establecimiento habitual del hogar y de los negocios del matrimonio.

Pero aún admitiendo la existencia real de un domicilio en la jurisdicción que dicte el divorcio, la doctrina y la jurisprudencia argentinas rechazan el valor de esa sentencia en el país de origen, basándose, por un lado, en que el Artículo 13 del Tratado de Montevideo limita la competencia de la ley del domicilio al exigirse que la causal alegada exista también en la legislación al amparo de la cual se celebró el matrimonio; y, por otro, en que tanto el Artículo 14 del Código Civil como el Art. 7º de la Ley de Matrimonio Civil sientan, con carácter general y especialmente para el divorcio, una rotunda excepción de orden público que impediría en todo caso la validez en Argentina de la disolución del vínculo matrimonial acordado por tribunales extranjeros.

Existe una sutil discrepancia por lo que se refiere a la extensión que debe darse a la negativa de los tribunales argentinos al reconocer divorcios vinculares declarados por tribunales extranjeros. La primera posición ha sido la de rechazar la disolución del vínculo matrimonial, pero admitir la sentencia extranjera de divorcio como si fuere de separación de cuerpos. Esta posición, que se basa fundamentalmente en el artículo 7º de la Ley de Matrimonio Civil, ha sido aceptada por diversos tribunales, al grado tal de que se cita habitualmente en la doctrina argentina.

La segunda posición ha sido la de rechazar en absoluto todo valor a la sentencia de divorcio dictada por los tribunales extranjeros en violación a las leyes argentinas. Su fun-

73 De Galindez, op. cit. p. 31.

damento se encuentra en el apartado b) del Artículo 13 del Tratado de Montevideo. Esta tesis radical, que niega todo valor, aún el simple de separación de cuerpos y bienes, al divorcio obtenido en el extranjero por dos cónyuges casados en la República Argentina, cuenta en su apoyo con numerosas sentencias y con la adhesión de autores como Callandrelli y Silveyra.⁷⁴

Sin embargo se ha dejado sentir recientemente en Argentina una tendencia a atenuar un poco la rigidez anterior. Ya desde el año de 1941 en una sentencia dictada por la Segunda Cámara Civil de Buenos Aires, si bien se negó todo valor a un divorcio obtenido en el extranjero, se rechazó también como constitutivo de una causal de adulterio el segundo matrimonio contraído también en el extranjero. Esta sentencia fue comentada por la Revista de Jurisprudencia Argentina poniendo de relieve la moderación que suponía con respecto a la rigidez tradicional.⁷⁵

Hay que distinguir las situaciones antes citadas que se refieren al divorcio vincular obtenido en el extranjero, de sentencias de simple separación de cuerpos y de bienes, igualmente obtenidas en el extranjero. Estas normalmente reciben el *exequatur* en la Argentina siempre que el matrimonio se hallare domiciliado en el país donde se obtuvo la disolución y la causa alegada exista también en la Ley de Matrimonio Civil Argentino, de acuerdo con el Art. 13 ya citado del Tratado de Montevideo.

En comparación con la jurisprudencia y doctrina argentinas a que hemos hecho mención anteriormente, la jurisprudencia y doctrina brasileñas ofrecen soluciones claras y rotundas. Efectivamente, tanto si se trata de dos cónyuges brasileños como si uno de ellos es brasileño y la ley nacional del otro cónyuge admite el divorcio, éste será homologado en Brasil tan sólo para los efectos patrimoniales, pero el o los cónyuges brasileños no podrán contraer nuevo matrimonio.

De Galíndez cita varias sentencias que expresan este criterio de derecho brasileño así como las opiniones doctrinales de varios autores de ese país de reconocido prestigio.⁷⁶ Además esta opinión doctrinal y jurisprudencial ha sido consagrada legalmente al promulgarse el Decreto Ley N° 4657, del 4 de septiembre de 1942, cuyo artículo 7° párrafo 6, dice expresamente que "los divorcios extranjeros sólo podrán homologarse en lo que se refiere a los efectos patrimoniales y que aún el cónyuge extranjero no podrá casarse nuevamente en el Brasil".

Por el contrario, tal y como ocurre en la Argentina, si la sentencia obtenida no ha sido de divorcio vincular sino de simple separación de cuerpos, es fácil obtener su homologación siempre que en el procedimiento y en la sentencia se hayan seguido los trámites regulares.

Para no extender demasiado los límites de este Artículo mencionaremos incidentalmente que en Chile, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 1940 declaró nulo un matrimonio celebrado en Nueva York entre una chilena y un ciudadano de los Estados Unidos divorciado, basándose en que tomando en consideración que bajo la ley chilena no hay divorcio, la parte extranjera, aunque divorciada debidamente bajo la ley del estado de su residencia y aunque el divorcio vincular era reconocido en Nueva York, no tenía la capacidad marital requerida por la ley chilena.⁷⁷

Por lo que a Venezuela toca, aún los extranjeros deben obtener primeramente el reconocimiento de su divorcio en un procedimiento judicial por separado. Los tribunales de Venezuela concederán el *exequatur* a una sentencia de divorcio extranjera, si el matrimonio se disuelve por disposición de un tribunal que tenía competencia sobre el domicilio conyugal.⁷⁸

74 De Galíndez, op. cit. p. 33.

75 "Revista de Jurisprudencia Argentina". Tomo 76, p. 875.

76 De Galíndez, op. cit. p. 34.

77 DE VRIES, La validez de los divorcios mexicanos. Conferencia dictada igualmente ante la American Foreign Law Association el 3 de marzo de 1964. Traducción de Jorge Aurelio Carrillo.

78 Ibid.

d) *Otros países*. - En la Europa Occidental, el espectro de reconocimiento de divorcios extranjeros es todavía más amplio. En Italia, un país que no tiene ley de divorcio, solamente son reconocidos y respetados aquellos divorcios que se obtienen en países que tienen celebrado con ella tratado internacional al respecto. En Alemania, las personas divorciadas no pueden volver a casarse, aunque sean extranjeras, a menos que demuestren la validez del divorcio de acuerdo con las leyes de su domicilio. Hasta 1860, un extranjero divorciado en otro país no podía volver a casarse en Francia sin que previamente siguiera un procedimiento de *exequatur* para establecer la validez del divorcio. En la actualidad, el procedimiento de *exequatur* todavía se requiere cuando la sentencia extranjera afecta bienes obtenidos en Francia, o sirve de base para dictar una orden *in personam* dirigida a alguien que se encuentre en territorio francés. Al decidir si debe darse efecto o no a un divorcio extranjero, aún cuando se trate de no nacionales, los tribunales franceses revisarán jurisdicción, ley aplicable y orden público, aplicando criterios franceses. En los países europeos en general, la ley aplicable a cuestiones matrimoniales en que se ven envueltos extranjeros puede ser, y a menudo es, una ley distinta de la del foro.

Los sistemas legales europeos escogen la ley aplicable en materia de divorcio sobre la base de la nacionalidad, o en su defecto, sobre la base del domicilio de las partes.⁷⁹

CONTROL ESTATAL DE LA VENTA PUBLICA DE VALORES EN MEXICO *

Por Jorge Aurelio Carrillo
Profesor de la Facultad de Derecho
de la U. N. A. M.

GENERALIDADES

Aunque estoy consciente de que esta parte del seminario tiene como fin primordial cubrir los aspectos jurídico-prácticos de la oferta y venta pública de valores en México con objeto de ilustrar al inversionista sobre los requisitos que debe satisfacer para participar en sociedades mercantiles mexicanas como accionista o como obligacionista, no puedo desvincular estos aspectos jurídico-prácticos de sus causas políticas, económicas y sociales que explican muchas de las razones por las cuales nuestro mercado de valores reviste determinadas características.

Acostumbrados ustedes a un mercado de valores extremadamente activo y poderoso, en el que participan millones de pequeños, medianos y grandes inversionistas, se preguntarán por qué en México adolecemos de un mercado débil y relativamente limitado.

Las razones son muchas y muy complejas. Sin embargo, nuestros economistas destacan algunas que resultan sobresalientes.

Mencionan, verbi gratia, la desigualdad que existe entre el mercado de dinero y el mercado de capitales en cuanto a tasas de rendimiento. En un país desarrollado, los préstamos a corto plazo rinden menos que las inversiones a medio y largo plazos. En tanto que un préstamo a ciento ochenta días producirá el 3 1/2 o el 4% anual, un bono a tres años producirá el 6 ó el 7% anual. Esta relación se invierte en los países subdesarrollados. Las inversiones a corto plazo rinden el 12% anual o más, en tanto que las inversiones a plazo mayor apenas llegan del 8 al 10%. Esto explica por qué el inversionista se abstiene con

⁷⁹ Ibid.

* Conferencia dictada por el autor el 4 de mayo de 1965 en la Escuela de Derecho de la Universidad de Texas