

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
Y CIENCIAS SOCIALES

PARAMETROS TECNICOS

TESIS DOCTORAL

PRESENTADA POR

ALFREDO DIAZ NUILA h.

PARA OPTAR AL TITULO DE

DOCTOR

EN

JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

1974



341
17 542p
1974
F. Joy B.S.
E.J. 5

068686

A LA MEMORIA DE MI MADRE

I N D I C E

	<u>PAG.</u>	<u>A</u>
CAPITULO I, GENERALIDADES	1	9
CAPITULO II RECIPROCIDAD	10	20
CAPITULO III REENVIO	21	30
CAPITULO IV CALIFICACION	31	36
CAPITULO V FRAUDE DE LEY	37	40
CAPITULO VI ORDEN PUBLICO	41	50
CAPITULO VII OTRAS EXCEPCIONES	51	58
BIBLIOGRAFIA	59	

PARAMETROS TECNICOS

CAPITULO I

GENERALIDADES

CONCEPTO.- Tarea difícil es la de dar un concepto, definirlo, cuando ni siquiera los diccionarios jurídicos como Escriche y Cabanellas nos dan una definición de los Parámetros Técnicos, menos aún los diccionarios de la lengua nos definen la palabra parámetro.

El maestro Julián G. Verplaetse es el único tratadista de Derecho Internacional Privado que así los llama, aunque otros autores traten también de estas limitaciones a la aplicación del derecho extranjero: al respecto, Verplaetse dice: "En lugar de teorías y de principios hablamos de parámetros técnicos, de instrumentos que operan en muchos casos pero que no reciben una solución idéntica en cualquier caso. No son principios sueltos, independientes de los fundamentos y del proceso del caso de Derecho Internacional Privado. Forman parte de un conjunto del cual no se los puede desatar. La solución se hará en relación con este conjunto, en estrecha colaboración con todos los elementos del caso práctico. Este relativismo o solidarismo casuístico no intenta salir de la posición jurídica, pues este solidarismo no existe por dependencia de factores extrínsecos, los cuales pueden intervenir, pero pertenecen a otra esfera. El solidarismo que apuntamos aquí únicamente existe respecto a

los demás elementos del conjunto jurídico".

Federico Duncker Biggs los llama: "Limitaciones a la aplicación de las leyes extranjeras", y al respecto dice: "El contenido de la legislación extranjera aplicable a un caso determinado sean sus disposiciones internas o de Derecho Internacional Privado, que pueden estar en pugna con la legislación nacional, como asimismo la necesidad de proteger la autoridad de esta última, han hecho surgir una serie de limitaciones o atenuaciones al imperio del derecho extranjero, excepciones que en algunos casos se derivan de textos expresos de las leyes nacionales y en otros, de ciertos conceptos jurídicos elaborados por la doctrina y confirmados por la jurisprudencia de los tribunales".

J.P. Nibovet los define como los obstáculos que impiden las soluciones uniformes en materia de conflictos de leyes y de respeto de derechos adquiridos.

El problema que nos ocupa, haciendo abstracción de la solución de conflictos de leyes referentes al nacimiento o extinción de los derechos, se refiere ya a la aplicación de las soluciones, pero existen esas limitaciones, esos obstáculos a la aplicación de leyes extranjeras, en el país del foro y sobre el Derecho positivo surgen las teorías, nociones fundamentales que son las limitaciones doctrinarias.

No existiendo soluciones comunes a todos los países en los conflictos de leyes, dependiendo de unos cuantos tratados, del Código Bustamante, que tiene un carácter obliga-

torio en las normas que establece, para los países signatarios, verdaderamente el Derecho Internacional Privado está en embrión, dando cada país a los conflictos de leyes la solución que cree mejor, es la soberanía de los Estados y su respeto, la aplicación del derecho positivo lo que lleva al Juez a la aplicación del Derecho Internacional Privado de su país.

Esta aplicación de las normas del país extranjero es a veces muy complicada, ya que el conocimiento de las normas de otros países es muy deficiente, la jurisprudencia, instrumento de gran ayuda en la legislación positiva de cada país es desconocida y a veces no se tiene a la mano la jurisprudencia extranjera o puede no estar al día la documentación que el Tribunal del foro pueda tener; hay en suma, que hacer un estudio de legislación comparada, es entonces que el Juez o Tribunal debe estudiar cada caso particular, lo que en nuestro medio la mayoría de jueces, por pereza o incapacidad no se toman esa "molestia", indispensable para la buena administración de justicia, máxime cuando en el país en que la cuestión jurídica se discute no existe regla alguna que dé una solución justa al conflicto de ley, el juez tiene entera libertad para resolver la cuestión, lo que es harto peligroso si mediare malicia en el Juez o Tribunal.

Se llega así a la creación, por el Juez de Derecho Internacional Privado y debe entonces éste inspirarse en la

doctrina de autores y jurisperitos, he ahí el interés del estudio del tema que nos preocupa: LOS PARAMETROS TECNICOS.

Se dan dos clases de conflictos de leyes a causa de estas facetas diversas que son el Derecho Internacional Privado de cada país: conflictos positivos y conflictos negativos.

CONFLICTO POSITIVO.- Cada uno de los países alega la competencia de su lex fori, entendiendo que ella le corresponde.

CONFLICTO NEGATIVO.- Ninguno de los países se atribuye la competencia en determinado negocio jurídico.

Una de las formas de solución de estos conflictos es la concertación de tratados diplomáticos.

Cuando un Estado consiente que una ley extranjera se aplique en su territorio a los nacionales de otro Estado lo hace en nombre de su propia soberanía; hace suyas las soluciones de la ley extranjera por parecerle que son las que mejor responden a la buena administración de justicia; y cuando los Tribunales aplican la ley de otro país proceden en nombre de la propia soberanía y no en nombre del Estado extranjero.

La doctrina no es conforme con el sistema dominante en la mayoría de las legislaciones que consideran que la ley extranjera debe ser alegada y probada por las partes, ya que su existencia se hace manifiesta por su promulgación y publicidad.

CLASIFICACION.- En atención a su fuente, dichas limitacio

nes o atenuaciones a la aplicación de leyes extranjeras pueden ser clasificadas pues, en limitaciones legales y doctrinarias, según que emanen de la ley positiva o solamente de la doctrina de los autores.

LIMITACIONES LEGALES.- En las legislaciones de los diferentes países encontramos numerosos ejemplos de aplicación de un derecho extranjero, asimismo los principios de Derecho Internacional Privado prescriben la aplicación de ese derecho; pero esas mismas legislaciones también establecen expresamente limitaciones o atenuaciones a la aplicación de las leyes extranjeras, ya protegiendo los intereses de sus súbditos, ya previendo o sancionando el fraude, etc.

Las excepciones a la aplicación de leyes extranjeras pueden revestir diferentes formas: cuando el legislador niega eficacia a ciertos actos, contratos o documentos otorgados en país extranjero; también cuando prescribe determinadas formalidades para la ejecución de ciertos actos al margen de lo que dispongan las leyes extranjeras, etc.

No obstante, el efecto que producen esas limitaciones será siempre el mismo: la legislación extranjera deja de ser aplicable debiendo ser reemplazada por disposiciones correspondientes de la legislación nacional.

EXCEPCIONES A LA APLICACION DE LEYES EXTRANJERAS O LIMITACIONES DOCTRINARIAS.- Adolfo Miaja de la Muela dice: "No siempre que la norma de conflicto estatal o internacional designa como competente para regular una determinada rela-

ción de la vida a la ley de un país extranjero es ésta susceptible de aplicación. Son, por el contrario, frecuentes los supuestos en que determinados obstáculos se oponen a regir el caso en presencia por la legislación designada por el punto de conexión contenido en la regla conflictual. Cualquiera que sea su frecuencia de aparición, tales dificultades a la aplicación de leyes extranjeras revisten el carácter de excepciones a su competencia normal. Es de lamentar lo mal delimitadas que tales excepciones se encuentran, con lo que resulta posible que los tribunales hagan de ellas un uso abusivo, y, a fuerza de multiplicar el número de estas excepciones y los casos en que cada una de ellas impide la aplicación de la ley extranjera, conviertan en fenómeno normal la regulación de los supuestos que llegan a sus estrados con elementos conectados a diferentes legislaciones por la ley del foro.

"Entre estas excepciones, una se encuentra admitida en todos los sistemas de normas conflictuales, la inaplicabilidad de leyes inspiradas en concepciones morales en su más amplio sentido, que comprenda la moral religiosa y la económica, contrarias a las vigentes en el país del juez.

Tal excepción es la conocida con los nombres de orden público, cláusula de reserva. Otras excepciones, como el fraude a la ley, el interés nacional, el desconocimiento en el foro de la institución extranjera aplicable y la reciprocidad, aparecen con menos frecuencia en los fallos

de los tribunales, y casi nunca en las normas escritas de Derecho Internacional Privado, con la salvedad de la llamada de interés nacional, que, por otra parte, no posee la generalidad de otras excepciones, sino que actúa únicamente en una determinada materia jurídica, la capacidad de obrar de los extranjeros".

LEGISLACION SALVADOREÑA.- Nuestro Código Civil consigna excepciones a las disposiciones o principios generales que ordenan la aplicación en El Salvador de leyes extranjeras, limitando así expresamente el imperio de estas últimas en ciertos puntos determinados.

Los principales de estos casos son los siguientes:

a) Reconoce en principio la eficacia en El Salvador de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extranjero en conformidad a leyes extranjeras (Art. 16 inciso 2o.C). Sin embargo, a continuación limita la aplicación de estas últimas en El Salvador disponiendo que los efectos de los contratos otorgados en país extraño, para cumplirse en El Salvador se arreglarán a las leyes salvadoreñas (Art. 16 inciso 3o.C.).

Art. 16 inciso 3o. del Código Civil vigente de la República de El Salvador: "Los bienes situados en El Salvador estén sujetos a las leyes salvadoreñas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en El Salvador.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente

mente en país extraño.

Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño, para cumplirse en El Salvador, se arreglarán a las leyes salvadoreñas".

b) Reconoce implícitamente en principio la eficacia en El Salvador de los documentos privados otorgados en país extranjero en conformidad a leyes extranjeras. Sin embargo limita al mismo tiempo la aplicación de estas últimas en El Salvador disponiendo en el Art. 18 que "En los casos en que las leyes salvadoreñas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en El Salvador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas".

c) Dispone la legislación salvadoreña que la sucesión en los bienes de una persona se regla en principio por la ley de su último domicilio. (Art. 956).

Sin embargo, limita al mismo tiempo la aplicación de dicha ley en El Salvador al reconocer el derecho de los asignatarios salvadoreños para impetrar a su respecto la aplicación de la ley salvadoreña (Artos. 995 C. relacionado con 15 C.).

d) Se acepta en el Código Civil en su artículo 1021 expresamente la validez en El Salvador de los testamentos otorgados en país extranjero de acuerdo con las solemnidades establecidas por las leyes del país en que se otorgan, pe-

ro limita al mismo tiempo la aplicación en El Salvador de dichas leyes al exigir para la validez de dichos testamentos, que ellos sean escritos.

Además, la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), de la cual El Salvador es signatario, y por ello es ley de la República, en su Tercera Reserva dice en el inciso 2o.: "No será admisible, en cuanto concierne a El Salvador, la jurisdicción de jueces o tribunales extranjeros en los juicios y diligencias sucesorales y en los concursos de acreedores y quiebra en todos los casos en que afecten bienes inmuebles situados en El Salvador".

LEGISLACION COMPARADA.- Hay entre las legislaciones chilena y salvadoreña grandes similitudes, especialmente en lo que atañe al articulado de nuestra legislación que se acaba de comentar.

Además en las legislaciones de algunos países que no admiten la institución del divorcio como España, Brasil, hay prohibiciones expresas para el caso de que alguna persona desee contraer nuevas nupcias. En Chile se acepta implícitamente en principio los efectos de las disoluciones de matrimonio producidas en país extranjero, en conformidad a leyes extranjeras, pero limita al mismo tiempo dichos efectos y la aplicación en Chile de las referidas leyes prohibiendo a los cónyuges casarse en Chile, mientras viviere el otro cónyuge (Art.120 de la legislación civil chilena).

CAPITULO II

RECIPROCIDAD

CONCEPTO:

Correspondencia mutua de una persona o cosa con otra. Igualdad en el trato.

Correspondencia en las relaciones.

Acción y reacción mutuas y acordes en sentido de coincidencia o de discrepancia, de armonía o de conflicto.

Indole y nexo de la relación recíproca.

En Derecho Internacional, a falta de norma coactiva, sujeción al mismo trato que reciban el Estado o los nacionales suyos por parte de otro a que se haga referencia.

HISTORIA.- La teoría de la reciprocidad fue consignada en el Artículo 2 del Código Civil francés: "El extranjero disfrutará en Francia de los mismos derechos civiles que los concedidos a los franceses por los tratados de la nación a la que el extranjero pertenezca", consistiendo en conceder a los extranjeros idénticos derechos que el Estado de donde proceden otorgan a los nacionales.

Por este sistema, se concede a los extranjeros el goce de aquellos derechos cuya reciprocidad está asegurada por tratado diplomático.

Este sistema es justo ya que mantiene un equilibrio total, pero es sumamente drástico ya que en el caso de no

existir un tratado diplomático la situación de los extranjeros es extremadamente desfavorable.

No cabe duda de que la reciprocidad es uno de los fundamentos más importantes del Derecho Internacional Privado. La escuela holandesa y la anglosajona influenciada por ella llevan el molde de este fundamento.

Pero esta justificación práctica, filosófica e histórica, desaparece, ya no es norma de conflicto, en la construcción de las categorías de Derecho Internacional Privado. Ya no se pregunta, en cada caso concreto dentro de la categoría, si hay o no reciprocidad para aplicar la norma; la norma se aplica independientemente de la condición de reciprocidad y se puede admitir que, algún caso, no la habrá en realidad.

Sin embargo, al margen de su función histórica fundamental, la condición de reciprocidad sigue siendo, en algunos casos, una norma de conflicto.

Existe el sistema de la reciprocidad legislativa o reciprocidad de hecho; por la aplicación de este sistema los extranjeros gozan de hecho, en cada uno de los países de un derecho determinado; como ejemplo, el derecho de hipoteca legal, pueden entonces ambas partes invocar el goce de este derecho. Tiene este sistema la ventaja de una mayor adaptabilidad ya que mantiene el equilibrio necesario y no necesita de la firma de tratados diplomáticos para ponerlo en práctica.

La reciprocidad puede presentarse en tres formas:

- 1 Condición Previa
- 2 Remedio a posteriori
- 3 La reciprocidad en los Tratados Diplomáticos.

I - Condición Previa - La admisión del derecho extranjero está subordinada condicionalmente a la admisión en casos idénticos o análogos del derecho del foro en el país de cuyo derecho se trata.

El reconocimiento de las sentencias extranjeras es el caso típico.

En los países extranjeros y mayoría de los de Sur América el fallo que se da en país extraño solamente tiene efecto en la medida que los Tribunales de aquel país otorgan a las sentencias del país en el que se pide la ejecución de la sentencia en cuestión.

Es harto difícil para el juez o Tribunal aceptar como bueno un fallo dictado por un funcionario judicial de cuya imparcialidad puede dudarse, su capacidad le es desconocida, como asimismo el sistema procesal de otro país, las garantías procesales que son los recursos del litigante se desconocen, los recursos que admite aquella legislación se debe tomar infinitas precauciones, y el espíritu de la ley aplicable puede no ser el mismo de la lex fori.

Estos obstáculos, limitaciones a las leyes extranjeras, impiden verdaderamente la justicia internacional ya que cuando un Estado niega eficacia a las sentencias de otro

no tomando en cuenta sus elementos, mientras tanto el otro no actúe de igual manera en lo referente a sus sentencias.

Si ninguno de los países da el primer paso, caprichosamente, hay una situación estática. En cambio, la sentencia judicial firme que declara algo en favor de una persona, convierte ipso facto para ella la cuestión controvertida en un derecho adquirido. De no ser así la condición jurídica del extranjero estaría en constante peligro, teniendo éste que estar "encerrado" en las fronteras de su propio país, aún más se prestaría a la malicia o mala fe de entablar nuevos juicios o de quebrantar ese principio universalmente reconocido de que un mismo asunto una vez fallado no puede incoarse nuevamente.

El Exequátur es una fórmula judicial para hacer posible la ejecución de fallos y resoluciones dictadas en país extranjero.

La tramitación de la solicitud del Exequátur puede llevar a dos resultados distintos, ya que se puede otorgar o negar. Si se otorga no hay problema, ya que la sentencia se cumple por los trámites ya establecidos para las resoluciones judiciales del país que la acepta.

Si se deniega, se pone fin al asunto obligando a devolver la sentencia al que la ha presentado, si obedece a motivos de fondo; pero si se trata de motivos de forma se le debe reconocer el derecho a subsanarlas, tramitando de nuevo su petición.

Cuando se consiente el cumplimiento de resoluciones judiciales de otros países a falta de tratado diplomático con la condición de reciprocidad, puede revestir la reciprocidad dos formas: concediendo la ejecución de una sentencia extranjera, como también para negarla.

Otro sistema muy usado por las legislaciones positivas es el de colocar los tratados en primera línea para el cumplimiento de resoluciones judiciales de otros países, pero consintiéndola en defecto de aquellos, bajo condición de reciprocidad.

La Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante) se ocupa ante todo de la ejecución de sentencias de tribunales extranjeros en materia civil y en el Artículo 423 a la letra dice:

Art. 423.- Toda sentencia civil o contencioso-administrativa dictada en uno de los Estados contratantes, tendrá fuerza y podrá ejecutarse en los demás si reúne las siguientes condiciones:

- 1.- Que tenga competencia para conocer del asunto y juzgarlo, de acuerdo con las reglas de este Código, el juez o tribunal que la haya dictado;
- 2.- Que las partes hayan sido citadas personalmente o por su representante legal para el juicio;
- 3.- Que el fallo no contravenga el orden público o el derecho público del país en que quiere ejecutarse;
- 4.- Que sea ejecutorio en el Estado en que se dicte;

- 5.- Que se traduzca autorizadamente por un funcionario o in
térprete oficial del Estado en que ha de ejecutarse, si
allí fuere distinto el idioma empleado;
- 6.- Que el documento en que conste reúna los requisitos ne-
cesarios para ser considerado como auténtico en el Esta
do de que proceda, y los que requiera para que haga fe
la legislación del Estado en que se aspira a cumplir la
sentencia.

II - Remedio a posteriori - Cuando la reciprocidad no forma parte de la aplicación de una categoría de normas de Derecho Internacional Privado puede introducirse como una medida - ya de retorsión, ya de represalias;

Retorsión: Devolución que se hace del daño o perjuicio causado. Retorcimiento del argumento empleado por el contrincente. Cuando se aplica a la otra parte la misma medida con que ella nos ha castigado.

Según el tratadista Adolfo Miaja de la Muela se manifiesta la reciprocidad, "en su forma negativa de retorsión", negando aplicabilidad a la ley del Estado que en un supuesto análogo no considerase de aplicación la legislación del foro.

Represalias: Es un derecho o potestad que se arrogan los be
ligerantes para causarse recíprocamente igual o mayor daño que el recibido, especialmente por violación de leyes de gue
rra, o la advertencia de abstenerse de determinados procederes o violación de convenciones.

Puede también consistir en que se adopte las mismas

medidas empleadas por el enemigo contra las personas y bienes de los nacionales; las represalias individuales están excluidas del Derecho Internacional actual.

Entre particulares están prohibidas las represalias, no así entre los Estados beligerantes, ya que esa especie de venganza o Ley del Tali3n primitivas se justifican, especialmente por la d3bil autoridad y el raqu3tico amparo que prestan los organismos internacionales.

La gama de las represalias va desde la elevaci3n de las tarifas aduaneras y prohibici3n del goce de ciertas exenciones, en tiempo de paz; hasta el bombardeo de aviaci3n y artillería para replicar a la barbarie del genocidio.

III - La Reciprocidad en los Tratados Diplomáticos - La cláusula de reciprocidad estipula por lo general, en materia de extranjería, que los ciudadanos de un pa3s gozarán en el otro de los mismos derechos de que gozan los súbditos del último en el primero. En los Tratados Diplomáticos la reciprocidad funciona como relación ya que está subordinada a la existencia en los pa3ses signatarios de derechos idénticos.

Debe hacerse una diferenciación en cuanto a la interpretación de un Tratado si en tiempo de paz o de guerra, en el primero de los casos ya que las relaciones son normales se apela a los Tribunales internacionales, pero en tiempo de guerra es diferente, ya que puede haber lugar a las represalias, es concebible por las especiales circunstancias por las que atraviese la comunidad internacional.

Reciprocidad legislativa en la Conferencia Económica Internacional de 1927: "No obstante, mientras que la Conferencia no pueda reglamentar la cuestión en su conjunto se mejoraría considerablemente la situación actual mediante acuerdos bilaterales, basados en una equitativa reciprocidad e inspirados en las normas citadas".

Convenio Bilateral El Salvador-España.- En este Convenio se estableció el principio de reciprocidad en el año de 1865.

Convenio Bilateral El Salvador España, 16 de julio de 1904 estipulado en relación a la libertad de trabajo en España, haciendo excepciones a las restricciones.

"Reciprocidad en el Código Bustamante.- Art. 1o.) Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales. Art. 2o.) Inciso 1o.: Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozarán asimismo en el territorio de los demás de garantías individuales idénticas a las de los nacionales, salvo las limitaciones que en cada uno establezcan la Constitución y las leyes.

LEGISLACION SALVADOREÑA

Art. 4o., inciso último de la Ley de Notariado: También podrán obtener dicha autorización, los centroamericanos autorizados para ejercer la abogacía en la República, que tengan dos años de residencia en El Salvador, por lo menos, que no estén inhabilitados para ejercer el notariado en su

país y siempre que en este último puedan ejercer dicha función los salvadoreños, sin más requisitos que los similares a los que establece este artículo.

Ley de Extranjería, Art. 26: Los derechos de extranjería son: 3o.) el beneficio de reciprocidad.

Ley de Extranjería, Art. 27. "La condición jurídica del extranjero matriculado que determinan los referidos privilegios, se altera por la renuncia del interesado y por el estado de guerra entre El Salvador y el país extranjero". Este sería un caso de represalias.

Ley de Extranjería, Art. 30: También gozarán de los derechos civiles que competen a los salvadoreños; pero el Poder Legislativo puede modificarlos y restringirlos, por el principio de reciprocidad y para que los extranjeros queden sujetos en la República a las mismas incapacidades que las leyes de su país impongan a los salvadoreños que residan en él.

Artículo 141 de la Constitución Política vigente: "La propiedad de los bienes raíces rústicos no podrá ser adquirida por extranjeros en cuyos países de origen no tengan iguales derechos los salvadoreños, excepto cuando se trate de tierras para establecimientos industriales. Las compañías extranjeras y las salvadoreñas a que alude el inciso segundo del Artículo diecisiete de esta Constitución estarán sujetas a esta regla".

Conforme a lo estatuido por la anterior disposición, no puede ser inscrita en los Registros de la Propiedad Raíz

e Hipoteca de la República, escritura alguna que por olvido o desconocimiento del notario del artículo anteriormente citado, que la contravenga; al efecto, La Cancillería envía anualmente a los Registros de la Propiedad un comunicado conteniendo la lista de países con los que no hay reciprocidad respecto a la compra venta de bienes inmuebles rústicos a los que alude la disposición citada.

LEGISLACION COMPARADA

Artículo 27, ordinal 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

"I- Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o agua. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros, adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

El Estado, de acuerdo con los intereses públicos in

ternos y los principios de reciprocidad, podrá, a juicio de la Secretaría de Relaciones, conceder autorización a los Estados extranjeros para que adquieran, en el lugar permanente de la residencia de los Poderes Federales, la propiedad privada de bienes inmuebles necesarios para el servicio directo de sus embajadas o legaciones;" .

CRITICA

Opini3n de Fiore: "Siempre que quiera aplicarse la condici3n de la reciprocidad s3lo para determinar la ley que debe regir en territorio extranjero el ejercicio de los derechos correspondientes a la persona, se llega necesariamente a la consagraci3n de la injusticia.

En el supuesto de que la autoridad extraterritorial de ciertas leyes se derive de los principios del derecho y de la justicia, no puede admitirse que sea l3cito violar 3stos para proteger los intereses nacionales."

El C3digo Napole3n ha sido muy criticado ya que en 3l se demuestra mala voluntad para con los extranjeros, aunque en los 3ltimos tiempos se ha suavizado ese trato en la jurisprudencia de los tribunales franceses.

Si el ejercicio de ciertos derechos puede negarse a los extranjeros, cuando el Estado a que pertenezcan no los reconoce a los del otro, se puede llegar a la arbitrariedad de que las mayores injusticias cometidas por los tribunales se justifiquen como represalias.

CAPITULO III

REENVIO

CONCEPTO.- La aplicación de la ley extranjera da origen a una cuestión que se ha querido resolver mediante un sistema que se conoce con los nombres de teoría del reenvío, retorno, renvoi (voz francesa, en su acepción común significa retorno, devolución, y remisión).

Reenvío: Acción y efecto de reenviar./ Nuevo envío, devolución./Caso de conflicto negativo entre las reglas de Derecho Internacional Privado de varios países, el problema del reenvío supone un conflicto negativo, ya que ninguno de los países intervinientes quiere aplicar su ley./ En el reenvío se declara aplicable otra legislación que puede ser la del Estado remitente o la de un tercer Estado.

En Derecho Internacional Privado, la competencia negativa de dos leyes, cuando ninguna de ellas establece la regulación del negocio o situación jurídica, remitiéndola a la otra. Si ambas legislaciones disponen lo mismo, es una situación en que no hay problema alguno, ya que el resultado será el mismo, se aplicará cualquiera de las legislaciones, pero el problema verdadero se plantea en caso de discrepancia, en la realidad se aplica la lex fori, locución latina que significa: ley del foro ; en los con-

flictos territoriales de leyes, esta expresión significa que los actos deben regirse por la ley del tribunal que haya de conocer los mismos.

Federico Duncker Biggs en su tratado de Derecho Internacional Privado nos da la siguiente definición: "El reenvío es pues un conflicto negativo entre las disposiciones de Derecho Internacional Privado de dos o más legislaciones que no se reconocen competencia a sí mismas para gobernar una determinada relación jurídica, sino que por el contrario atribuyen competencia a otra legislación. supone la existencia de dos conflictos de leyes sucesivas".

HISTORIA.- Tuvo su origen en Francia, en el año de 1874, por un problema nacido en relación a la capacidad de las personas.

Así surgió el affaire Forgo, este individuo era un súbdito alemán de nacionalidad bávara, quien falleció en Francia, país donde estuvo domiciliado casi toda su vida, dejando una herencia consistente en bienes muebles, era hijo natural y únicamente dejaba parientes colaterales, los que según la ley bávara podían reclamar la sucesión, según la ley francesa no tenían derecho alguno, correspondiendo la herencia al Fisco.

Se presentaron entonces los herederos al tribunal francés, pidiendo la apertura de la sucesión, pero el tribunal aplicando la ley francesa, la cual rige la sucesión mobiliaria de los extranjeros por su ley nacional, rechaza

la pretensión de los herederos considerándose incompetente para intervenir en un negocio en el que por la ley nacional del causante correspondía fallar a los tribunales alemanes; optando entonces los herederos por presentarse a los tribunales alemanes siendo entonces que el conflicto se origina, porque en verdad cuando una persona fallece dejando bienes muebles la ley aplica a éstos la ley del domicilio y con ese fundamento se declararon incompetentes y reenviaron el asunto a los tribunales del domicilio del causante.

Sentencia emitida por el Tribunal de Casación francés el 24 de junio de 1878 y a la que el Tribunal de remisión no se opuso concluyendo así el litigio.

"Según el derecho bávaro, los muebles son regidos, en materia de sucesión, por la ley del domicilio de hecho o de la residencia habitual del difunto, Se sigue de aquí que la entrega de la herencia de bienes muebles que Forgo poseía en Francia -país donde había fijado su residencia, debe ser regida por la ley francesa".

El mismo Tribunal, en el mismo asunto dicta una segunda sentencia limitándose a decir: "Según la ley bávara, se debe aplicar, en materia de estatuto personal, la ley del domicilio; luego, en este caso, la ley francesa es la única aplicable".

Considerando la teoría desde el punto de vista práctico, reviste una importancia considerable, pues ha sido aceptada por los tribunales de varios países de uno y otro

Continente y en especial por los tribunales franceses y belgas, que la han aplicado en numerosas resoluciones, siempre en el sentido que ha de producir la aplicación de la ley local. Ha sido consagrada igualmente en la ley suiza de 14 de diciembre de 1874 sobre el estado civil y el matrimonio; en la ley húngara sobre el matrimonio; en las leyes japonesas de 1898 y en la Convención de La Haya signada por la mayoría de los países europeos en 1902, en materia de matrimonio.

El Instituto de Derecho Internacional en las sesiones de Cambridge, La Haya, y Neufchatel, se ocupó del estudio de la doctrina; en la sesión de Neufchatel, votó la resolución siguiente el 10 de septiembre de 1900: "Cuando la ley de un Estado regula un conflicto de leyes en materia de derecho privado, es de desear que designe la disposición que debe ser aplicada en cada caso y no la disposición extranjera relativa al conflicto de que se trata". Como puede verse, en una forma vacilante y poco afirmativa, opinó contrariamente a su aceptación.

CLASES DE REENVÍO.- El reenvío puede ser: de primer grado, de segundo grado o perpetuo.

lo.) Reenvío de primer grado. Llamado también devolución o retorno, tiene lugar cuando la legislación del Estado reenvía o retorna la competencia a la legislación del Estado enviante.

Como ejemplo: fallece un salvadoreño en Italia,

que ha sido su último domicilio, según la ley salvadoreña referente a sucesiones debe regirse la cuestión por la ley del último domicilio del causante, sería en este caso la legislación italiana la que conocería de la cuestión, pero según esta última, debe regirse por la ley nacional del difunto que sería la salvadoreña.

2o.) Reenvío de segundo grado. Cuando la legislación del Estado enviado reenvía la competencia a la legislación de un tercer Estado.

Ejemplo: El Derecho inglés declara competentes, en materia de sucesiones la ley del domicilio del difunto, la ley aplicable a la sucesión de un suizo domiciliado en Francia es la ley francesa, pero la ley francesa de Derecho Internacional remite al domicilio de origen que en este caso sería la ley suiza. Ha habido aquí una remisión a un tercer país al aceptar los tribunales ingleses la remisión de la ley francesa a la ley suiza.

3o.) Reenvío indefinido o perpetuo. Cuando varias legislaciones reenvían una a la otra sin aceptar su competencia, formándose un círculo vicioso.

Ejemplo, acerca de la capacidad de un inglés domiciliado en Italia y que ha contratado en Bélgica; según la ley francesa la capacidad para contratar se rige por la ley nacional de la persona, la ley inglesa; pero ésta reenvía a su vez a la ley del país de la celebración del contrato, o sea la ley belga, y ésta por último, lo mis-

mo que la francesa reenvía a la ley nacional de la persona o sea la ley inglesa.

CRITICA.- Combatiendo la teoría del retorno acuden los autores a los derechos del poder soberano, en cuyo nombre administran justicia los tribunales insistiendo en que es aquel el único competente para señalarles cuáles son las legislaciones aplicables y de ninguna manera éstos pueden admitir que el legislador extranjero les indique la línea que deben seguir.

A Despagnet le parece que esa solución no puede prestarse a dudas y al respecto dice: "Cuando un legislador reenvía a la ley extranjera para resolver una cuestión de derecho, es que estima conforme a los principios de orden público y a la naturaleza de esa relación, que la aplicación de la ley del domicilio es ordenada por la naturaleza misma de la relación jurídica de que se trata. Se refiere, pues, el legislador a las disposiciones de la ley extranjera sobre la reglamentación de esta relación, pero no entiende en manera alguna referirse a las ideas del legislador extranjero sobre la determinación de la ley aplicable, ni aceptar de su parte un reenvío a su propia legislación, que creyó deber descartar en el caso propuesto. Así cuando la ley francesa hace depender el estado y capacidad de los extranjeros de su ley nacional, quiere decir que la disposición de esa ley sobre la mayoría de edad, la aptitud de las personas para realizar actos jurídicos, etc.

deberán ser aplicados y no que será necesario acudir a otra legislación designada por la ley nacional del extranjero para regular estos diferentes puntos. Admitir lo contrario, no sería razonable, porque habría que suponer al legislador completamente desinteresado de la cuestión que pretende regular; en efecto, en lugar de pronunciarse sobre la legislación aplicable, como parecería querer hacerlo, el legislador se refería a la ley extranjera para dilucidar la dificultad."

Lainé dice que la admisión del reenvío conduce a un círculo vicioso del que no es posible escapar, pero Weiss, partidario de la teoría, argumenta que cuando la ley nacional de un extranjero reenvía a la ley de su domicilio para resolver las cuestiones de estado y capacidad, es para que esta ley diga la última palabra, como la más apropiada que otra cualquiera para esta solución. En esta ley se detiene el círculo y así ese pretendido círculo vicioso de que se habla es puramente imaginario.

PILLET opina: "Cuando se dice que el estatuto lo regula su ley nacional, no significa que será su ley nacional la que determine qué estatuto ha de dársele, sino que las disposiciones de esta ley nacional le servirán de estatuto personal.

Resolviendo de otra manera equivale a decir implícitamente que, sobre la determinación del estatuto personal, Francia está ligada a la manera de ser de un país extranjero, aún cuando eso contrariase las doctrinas recibidas en

Francia sobre la cuestión y esta idea es absolutamente contraria a la respectiva igualdad, a la independencia de los Estados en la determinación de las reglas de Derecho Internacional".

El profesor De Yanguas Messia no concibe el reenvío y así lo dice: "Ninguna de estas razones, según hemos visto sumariamente, da una fundamentación jurídica al reenvío. Tampoco en el orden práctico trae este rodeo precisión, sino incertidumbre, porque la determinación de la ley sustantiva aplicable queda pendiente de lo que, en cada caso, disponga la norma de conflicto extranjero. Dentro de un mismo Estado regirán entonces distintos sistemas de Derecho Internacional Privado, conclusión absurda, que demuestra la improcedencia del principio que la determina.

"La única, inconfesable razón, creadora del reenvío, fue la disimulada atracción de todos los casos de Derecho Internacional Privado a la ley del juez, bajo la apariencia de una correcta aplicación de la ley extranjera, declarada competente para regirlos por la propia *lex fori*. Todo el sistema de Derecho Internacional Privado queda así destruído y sus reglas de conflicto obligatorias para el juez escamoteadas e incumplidas por quien la debiera aplicar. Para tal resultado, mucho más sencillo y sincero sería suprimir las reglas de conflicto y declarar, en todo caso, aplicables las normas sustantivas de la ley del Juez".

LEGISLACION NACIONAL.- Nuestra legislación civil nada dice acerca del reenvío, pero hay una serie de disposiciones que llegado el caso práctico se puede aplicar la teoría del reenvío; por ejemplo el Art. 956C. que trata de la apertura de la sucesión en los bienes de una persona, reglándose por el principio de la ley de su último domicilio.

Supongamos que fallece un salvadoreño en Italia, país que ha sido su último domicilio; según la ley salvadoreña, lo referente a sucesiones se rige por la ley del último domicilio del causante, sería en este caso la legislación italiana la que conocería de la cuestión, pero según esta última debe regirse por la ley nacional del difunto, que sería la salvadoreña.

El Código Bustamante en su Art. 7o. dice: "Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad, o las que haya adoptado o adopte en lo de adelante su legislación interior". Esta fórmula parece excluir la aplicación de la teoría del reenvío, que, precisamente fue aceptada para casos particulares en las Convenciones de La Haya.

LEGISLACION EXTRANJERA.- La mayoría de legislaciones contemporáneas no se ocupan del reenvío. Hay algunas que contienen disposiciones que lo aceptan expresamente.

Aceptan expresamente el reenvío las legislaciones de Suecia, Japón, China, Hungría, Alemania y Polonia.

Rechazan expresamente el reenvío las legislaciones

de Italia y Brasil.

TRATADOS INTERNACIONALES.- En las Convenciones y Reglamentos celebrados en La Haya en 1912 sobre la unificación del derecho relativo a la letra de cambio, al pagaré y al cheque, se aceptó la teoría del reenvío. En materia de conflictos de leyes establecen que la capacidad de una persona para obligarse por letra de cambio, pagaré o cheque está determinada por su ley nacional. Si esta ley nacional declara competente la ley de otro Estado, esta última es la que se aplica. Art. 74

En la Convención de La Haya en 1902, concluida por la mayor parte de los países europeos, se acepta el reenvío en materia de matrimonio.

Los principales Tratados de Derecho Internacional Privado celebrados en América, o sea los Tratados de Montevideo y la Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), no mencionan el reenvío.

CAPITULO IV

CALIFICACION

CONCEPTO: Qué es la calificación? La calificación no es más que la naturaleza jurídica de una institución. Se relaciona con los conflictos de leyes, porque la aplicación de una regla de Derecho Internacional, supone, necesariamente, la determinación previa de la naturaleza jurídica de la relación de derecho de que se trate; o en otros términos: que ya ha sido calificada.- J. P. Niboyet.

El jurisconsulto francés Etienne Bartin, profesor de la Facultad de Derecho de París, formuló la teoría que llamó "de las calificaciones", partiendo del concepto de que la forma de apreciar una relación jurídica ejerce necesariamente una gran influencia en la relación de los conflictos de las leyes, ya que según sea la manera cómo se las califique, así será diferente también la ley que haya de aplicarse.

Calificar es atribuir la existencia jurídica a un ser, a una cosa, a un hecho, colocándolos en una categoría jurídica, lo que puede concebirse según ciertas ideas y realizarlo por procedimientos muy diferentes que varían de un sistema jurídico a otro.

Anterior a Bartin, el alemán Franz Kahn, alude a estos conflictos de calificación en varios estudios que aparecieron en el año 1897, ocupándose ampliamente de es-

ta materia.

CONFLICTO DE CALIFICACIONES .- El profesor Bartin opina que para un mismo conflicto de leyes surgido simultánea o sucesivamente ante los tribunales de los Estados las soluciones de los conflictos sean las mismas.

En verdad, pudiera suceder que la aplicación de principios idénticos, en uno u otro Estado, se haga de manera diferente, aunque correcta en cada uno de ellos.

Propone el profesor francés un ejemplo. Dos esposos malteses, casados sin contrato matrimonial para el régimen de bienes, vienen a establecerse en Francia después de su matrimonio. El marido adquiere allí un inmueble y más tarde muere. Surge la pregunta: ¿Cuáles serán los derechos de la viuda sobre el inmueble?—Hay que notar que no se pregunta cuáles son los derechos hereditarios de la viuda sobre el inmueble— precisamente esta es la cuestión y entonces se pregunta, cuáles son en verdad los derechos de la viuda sobre el inmueble? Los derechos a que alude pueden concebirse de dos maneras diferentes. La pretensión de la viuda se refiere a un derecho de sucesión? Es esta hipótesis, ya que se trata de un inmueble francés, para los tribunales franceses únicamente sería aplicable la ley francesa a efecto de fijar los derechos hereditarios. Al contrario, si la pretensión se contrae a los derechos que resulten para ella de su régimen matrimonial? En este caso la solución para los tribunales franceses sería diferente, ya que el régimen ma-

trimonial de los extranjeros casados en el extranjero sin contrato, depende, para la jurisprudencia francesa de la ley del lugar en que los futuros esposos piensan establecerse después del matrimonio. En el ejemplo propuesto como se refiere a esposos malteses, establecidos en Malta después de su matrimonio, deberá ser la ley maltesa la que determine el régimen de bienes y esta ley confiere a la viuda derechos importantes sobre las adquisiciones mobiliarias del difunto marido. De la cuestión que podría plantearse ante los tribunales franceses la alternativa sería derecho hereditario o derecho matrimonial, distinción entre el régimen de los bienes entre los cónyuges y derecho sucesorio.

Para Bartin todo sistema que resuelve conflictos de leyes supone una calificación de las instituciones para las cuales se han dictado las reglas en caso de conflicto, no siendo esa calificación forzosamente la misma para dos o más legislaciones, que hipotéticamente pueden adoptar las mismas reglas teóricas.

La calificación de las instituciones dice depende siempre de la ley nacional cualesquiera que sean las consecuencias de dicha clasificación y lo resuelve aplicando de preferencia la *lex fori* por más que la cuestión, como él mismo lo indica ofrezca mayores dificultades.

La razón de resolver de esa forma la concurrencia de leyes la encuentran Bartin. y los partidarios de la teoría en el mismo reglamento en que se fundan los que recha-

zan el reenvío, y la de que un Estado no pueda referirse a las leyes de otro Estado, en cuanto a la determinación de las condiciones en que se aplique en su territorio una ley extranjera.

DOCTRINAS.- Los autores en materia de calificación dividen sus opiniones, surgiendo así las teorías llamadas de la Ley Competente y la doctrina de la Lex Fori.

Doctrina de la Ley Competente.- Teoría defendida por Despagnet, Valery y Surville en Francia; Wolff en Alemania. Esta doctrina subordina las disposiciones de calificación a las de Derecho Internacional y sostiene que la ley señalada por estas últimas, aunque sea una ley extranjera, es la que debe proporcionar los elementos con arreglo a los cuales debe hacerse la calificación.

Las reglas de Derecho Internacional Privado tienen como objetivo dar competencia a una legislación determinada y consecuentemente, esta legislación debe ser aplicada en toda su integridad tal como ha sido concebida por el legislador que las ha dictado. No se podría separar en ella las disposiciones positivas ordinarias de las reglas de calificación, porque sin éstas aquellas carecen de sentido. Si atribuimos a la relación jurídica de que se trata una naturaleza distinta de la que resulta la ley competente, se altera sus preceptos, se viola la ley.

Doctrina de la Lex Fori.- Esta teoría, defendida por Kahn, Bartin, Niboyet, Arminjon y la mayoría de los autores

contemporáneos, sostienen que la calificación de las instituciones debe hacerse de acuerdo con la *lex fori*.

Fundamentos Principales:

a) Para determinar la ley aplicable a una relación jurídica es necesario establecer previamente la naturaleza de ella, porque no se puede conectar lo que todavía no existe jurídicamente. La calificación de la relación debe necesariamente preceder a su conexión

b) No se puede aceptar que una misma relación jurídica pueda tener dos o más naturalezas distintas según sea la ley que se le aplique, que por ejemplo los tribunales de un país estén obligados a considerar el mismo bien como mueble o como inmueble, la misma relación como de derecho sucesorio o de régimen matrimonial, según sea el derecho que le apliquen.

c) Las reglas de Derecho Internacional Privado de la ley del foro no pueden ser subordinadas a las calificaciones extranjeras sin desnaturalizarlas y hacerlas producir efectos diferentes de aquellos que el legislador ha tenido en mente al dictarlas.

d) El hecho de aceptar la aplicación de leyes extranjeras significa para los Estados una limitación voluntaria a su soberanía. Si la determinación de la naturaleza de las relaciones jurídicas, de la cual depende la aplicación de las leyes extranjeras, quedara entregada a estas últimas, querría decir que también dichas limitaciones de

soberanía quedarían entregadas al criterio de los legisladores extranjeros, lo que no se puede aceptar.

Hay autores que no aceptan la aplicación de la *lex fori* cuando se trata de calificar un bien o un acto ilícito, delito o cuasi delito, ni cuando la calificación ha sido hecha por las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad, dando competencia respectivamente en estos casos a la *lex situs*, a la *lex loci* y a la ley elegida por las partes; otros aluden también a la imposibilidad de aplicar la *lex fori* cuando se trata de una institución extranjera no reconocida por el derecho nacional, la mayoría de juristas rechazan estas excepciones y sostienen el principio de que la calificación de las instituciones debe hacerse de acuerdo con la *lex fori*, y esto aún cuando las leyes que se disputan la calificación de la relación jurídica sean ambas extranjeras.

LEGISLACION NACIONAL.- Código Bustamante Art. 6o. "En todos los casos no previstos por este Código cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3o."

Esta disposición tiene para nosotros la importancia de que es adoptada en el Código Bustamante, que tiene para nuestro país fuerza de ley, ya que El Salvador es signatario de esa Convención Internacional.

Otras disposiciones del Código Bustamante confirman este mismo criterio en los Arts. 9, 22, 32, 112, 113, 131, y 164.

CAPITULO V

FRAUDE DE LEY

CONCEPTO.- Consiste en sustraerse voluntaria y conscientemente a una ley determinada y colocarse bajo el imperio de otra mediante el cambio real y efectivo de alguna de las circunstancias o factores de conexión. Federico Dunckers Biggs.

Los pueblos americanos han demostrado siempre marcada tendencia a facilitar la vida jurídica de los habitantes del Continente acordando soluciones uniformes para discriminar los conflictos en lo que de distintos tienen sus sistemas legislativos, o extendiendo la acción jurisprudencial de sus tribunales a las más liberales interpretaciones.

A medida que se extiende el radio de acción del Derecho Internacional Privado y se implantan sistemas de solución favorables a las personas y a sus intereses, también ocurre que se abren las puertas a dolorosas hipótesis en las que la voluntad individual juega un rol preponderante y se comprueban numerosos casos en que se practican actos preconcebidos con el propósito de sustraerse para determinados fines a la competencia normal de una ley que resulta incómoda o menos favorable que otras: es el fraude a la ley.

El fraude a la ley implica un acto voluntario del individuo que realiza con todas las apariencias de legitimidad un acto previo para realizar otro sustrayéndose dolosamente a los preceptos imperativos o prohibitivos de su propia ley. Predomina pues el elemento individual.

La mecánica legal se mueve a impulso de la voluntad individual; no se trata como en el caso del orden público de actos simples que tienen en sí mismos su principio y su fin, sino de actos sucesivos de los cuales unos son efectos y otros son causas.

Tampoco se trata, como en el orden público, de un acto por el cual pueda enfrentarse una ley a otra sino de actos precedentes y consecuentes, sirviendo los primeros como una preparación a los segundos.

En el fraude a la ley el acto aparentemente legítimo ha servido como instrumento para llevarse a cabo otro acto injusto o inmoral.

En el fraude a la ley es necesario constatar que para la realización de los actos consecuentes se ha acudido a la estratagema de la realización de los actos precedentes, de no ser así el acto mantendría su legitimidad y eficacia jurídica.

Hay un elemento propio y exclusivo en la noción del fraude a la ley y es el elemento internacional.

En la investigación de la realización de los actos se debe buscar la intención dolosa y debe hacerse con

un criterio del derecho subjetivo, esta intención dolosa hiere la autoridad de la lex fori y es a ella a la que se ha atendido al dominio territorial de la lex fori. Si se pronuncia fallo declarando como ilegítimo un acto que aparentemente no lo era y que dañe a la ley del foro, debe también aplicarse este sistema cuando el acto haya sido lesivo, en fraude a una ley extranjera.

CASOS DE FRAUDE DE LEY.-

Ejemplo clásico: "Divorcios migratorios: cuando una persona desea divorciarse no pudiendo hacerlo en su país de origen porque la legislación no acepta el divorcio, trasladándose entonces a otro Estado cuya legislación sí lo permite, se naturaliza en él y obtiene el divorcio en el país de su nueva nacionalidad.

Países donde se han dado más los casos de divorcios migratorios: Reno (EE.UU.), Montevideo (Uruguay), Tlaxcala (México), etc., en la mayoría de los casos han sido logrados mediante la naturalización fraudulenta.

Supongamos el caso más frecuente, una persona se nacionaliza para burlar los efectos de la conscripción militar, en caso de guerra, rompiendo el vínculo de nacionalidad con su propio país para evitar la obligación de ir a la guerra.

Los futbolistas de diferentes nacionalidades, preponderantemente suramericanos que vienen a integrar una

selección Nacional Salvadoreña, no podrían integrar la oncena deportiva, pero recurren al ardid de nacionalizarse y evadir así la prohibición.

REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA.

- a) Intención de eludir o de burlar disposiciones imperativas o prohibitivas de una determinada legislación;
- b) Animo de sustituir dichas disposiciones por las de otra legislación;
- c) Cambio realizado deliberadamente con los fines anteriormente indicados de alguna de las circunstancias de conexión;
- d) Dicho cambio debe ser real y efectivo;
- e) La legislación eludida o burlada debe ser lex fori.

LEGISLACION EXTRANJERA

En Estados Unidos de Norte América existe la Uniform Annulment of Marriage and Divorce Act. (1907) y la Uniform Evsion Act. (1912), ambas condenan los matrimonios celebrados en fraude a la ley. El Código Civil Suizo declara nulo el matrimonio celebrado en el extranjero cuando la celebración "se ha transferido al extranjero con la intención manifiesta de eludir los motivos de nulidad del derecho suizo" (Título final, arts. 61, 70 y ss.)

CAPITULO VI

ORDEN PUBLICO

CONCEPTO.- Es un deber jurídico de los Estados aplicar la ley extranjera cuando debido a la naturaleza de la cuestión jurídica que se discute ésta sea la que debe regularla, pero el límite a este principio es el respeto a la soberanía del Estado como entidad moral independiente y que la ley extranjera no viole las reglas del orden público del país donde se pretende aplicar.

Es muy difícil dar un concepto de orden público ya que no puede ser general e idéntico en el tiempo y en el espacio.

Orden público interno y Orden público internacional.- Esta distinción no es aceptada por todos los autores pero para nosotros tiene la importancia de que es adoptada en el Código Bustamante, que tiene para nuestro país fuerza de ley, ya que El Salvador es signatario de ese Convenio Internacional. Código Bustamante, Artos. 3o., 4o., 5o., 6o., 7o., 8o.

Las disposiciones del orden público interno comprenden prohibiciones y preceptos que se imponen a los particulares, con objeto de proteger sus intereses y van dirigidos a los nacionales del país del legislador, los cuales no pueden derogar esas disposiciones por convenios.

El orden público internacional comprende las leyes que tienen obligatoriedad para todos sin distinción de nacionalidad, por el respeto debido a las instituciones de determinado país, teniendo éstas carácter de territorialidad, no así las otras que tienen aplicación fuera de las fronteras del país, son extraterritoriales.

Los dos grupos de leyes tienen un fundamento común: la protección del organismo nacional.

La noción de orden público es esencialmente nacional, y las denominaciones de orden público interno y de orden público internacional han sido muy criticadas por los autores que prefieren la expresión orden público.

Vareilles Somniers, califica al orden público como "noción informe de una obscuridad desesperante y la sustituye con las de moral y derecho natural, no menos vagas.

Despagnet: "El conjunto de reglas legales, que dadas las ideas particulares, admitidas en un país determinado, se consideran como necesarias para los intereses esenciales de dicho país."

Para Bevilaqua leyes de orden público son aquellas que en un Estado, establecen los principios cuyo mantenimiento se considera indispensable a la organización de la vida social, citando una célebre sentencia de la Corte de Venecia, citada por numerosos autores, "son leyes de orden público las que conciernen di

rectamente a la protección de la organización del Estado, considerado desde el punto de vista político, económico y moral".

Asser y Mancini en el informe presentado al Instituto de Derecho Internacional en 1874 establecieron el principio del orden público al decir que las leyes personales del extranjero no pueden ser reconocidas ni tener efecto en el territorio, sometido a otra soberanía, si ellas están en oposición con el derecho público y el orden público de este territorio; expresiones que Laurent acepta también por su parte.

Niboyet opina que siempre que la ley territorial es ya la competente se rechaza la idea de orden público. Por el contrario cuando la ley extranjera debería aplicarse en un caso determinado se acude a la idea de orden público para apartar esa ley siempre que no debe tener aplicación.

Hay que acudir dice a una medida de legítima defensa, a un remedio, a una medida de defensa social; considerando el remedio el orden público el cual define: "un remedio en virtud del cual la ley extranjera normalmente competente, podrá rechazarse por la ley territorial cada vez que su aplicación sea socialmente inconveniente para ese país".

HISTORIA.- En la búsqueda de antecedentes de este insti-

tución no se encuentra antecedentes en las leyes germánicas, ni en las leyes romanas, es hasta la aparición de la doctrina de los estatutos que en la territorialidad de las leyes, que era producto del feudalismo, en que se negaba toda eficacia a las leyes extranjeras y que ordenaba aplicar preferentemente las leyes locales.

Los publicistas estatutarios enunciaron en sus trabajos la idea del orden público sin llegar a precisar lo determinando principalmente la territorialidad o extraterritorialidad de las leyes; aunque en verdad en la territorialidad estaba la semilla que más tarde germinaría como la institución del orden público.

Fue Savigny quien expuso la noción del orden público, como una excepción a la comunidad jurídica de las naciones, exponiendo que la ley extranjera debe aplicarse a menos que contraríe el orden social o moral que quedan sujetos a las leyes que él llama prohibitivas o rigurosamente obligatorias.

CLASIFICACION.-

Clasificación dada por Pillet.

Las disposiciones de orden público absoluto son aquellas cuyo fin social no podría conseguirse si no las considerara como leyes territoriales.

Entran en esta categoría:

1o. Las leyes de derecho público: a) Leyes relativas a

la organización de los poderes públicos: leyes de competencia, leyes fiscales, etc.; b) Leyes de policía y de seguridad. Leyes penales propiamente dichas y reglamentos de policía. Leyes de higiene. Leyes que reglamentan el trabajo, desde el punto de vista de su duración, de la edad de los niños, el reposo hebdomadario (semanal), etc.

- 2o. Ciertas leyes de derecho privado: a) Leyes sociales o morales de orden elemental, tales como las que prohíben la bigamia, que se refieren a la patria potestad, que reglamentan las causas de divorcio; b) Leyes económicas necesarias.

Las disposiciones de orden público relativo son aquellas cuyo fin social no se conseguiría sino a condición que sean extraterritoriales. Pueden considerarse así las leyes que se refieren al estado y capacidad de las personas.

El eminente jurisconsulto Don Antonio Sánchez de Bustamante señala como de orden público internacional las siguientes leyes o ramas del derecho:

- a) El Derecho Internacional Privado;
- b) El Derecho Político;
- c) El Derecho Administrativo;
- d) Las leyes penales;
- e) Las leyes procesales; y

f) Ciertas leyes civiles y mercantiles, que pueden tener el carácter de disposiciones de orden público internacional por razones morales, como ser algunos de los impedimentos para el matrimonio o la prohibición de contratos con causa ilícita; por motivos económicos, como por ejemplo el régimen común de los bienes o el registro mercantil; por causas políticas, como ser la prohibición de las vinculaciones y de la inalienabilidad perpetua; o por razones estrictamente jurídicas, como por ejemplo las leyes que regulan la forma de los actos.

EFECTOS DEL ORDEN PUBLICO.-

Según Niboyet los efectos del orden público deben ser examinados desde un doble punto de vista: 1o.) adquisición de los derechos y 2o.) respeto de los derechos adquiridos.

Sigue diciendo el maestro francés que la excepción de orden público produce a veces un efecto simplemente negativo y otras un efecto negativo y positivo a la vez.

Efecto negativo.- Planteado el negocio jurídico ante un Juez salvadoreño suponiendo que debiera aplicar la ley mexicana pero esa ley no sería deseable que se aplicara la excepción de orden público, lleva a un resultado negativo, es decir, la no aplicación de la ley extranjera.

Efecto negativo y positivo.- Habrá otros casos en que la aplicación de la excepción de orden público tendrán el carácter negativo y positivo, al rechazar la

ley extranjera, pero se aplica la ley de la residencia del Tribunal sustituyendo la ley extranjera no aplicada.

Casos en que la aplicación de excepción de orden público produce efecto negativo.

1o. Divorcio.- En Italia no existía la institución del divorcio, por lo tanto los italianos no podían divorciarse, en cambio hay países en los que su legislación interna admite el divorcio, si un salvadoreño quisiera divorciarse en Italia se hubiera encontrado ante la negativa de los Tribunales ya que es preciso el respeto a la ley italiana, pero no se hubiera aplicado ésta.

2o. Filiación.- Hasta el año de 1912 la legislación francesa prohibía la investigación de la paternidad y así lo declararon los tribunales franceses, aduciendo que era ésta una cuestión de orden público y si algún extranjero acudía a los tribunales franceses apoyándose en su ley nacional que sí permitía la investigación de la paternidad, era rechazada en sus pretensiones.

3o. Matrimonio.- La extranjera que se hubiere divorciado fuera de España, país cuya legislación no admite el divorcio, deseara contraer nuevas nupcias con un español no puede hacerlo ya que su pretensión es contraria a la moral, y deberá contraer nupcias en su país natal. Es este un efecto simplemente negativo.

Aplicación del derecho Soviético.- Esta cuestión está íntimamente ligada con el problema del reconocimiento

to de los nuevos gobiernos surgidos de revoluciones, máxime en el caso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en que hubo una transformación total en el sistema político en todos sus órdenes.

Surge el problema en los países que no han reconocido a los Soviets, sosteniendo algunos autores y jurisconsultos llegando al extremo del sofisma al afirmar: Aplicar la ley soviética sería reconocer que esta Ley existe, si esta ley existe hay que reconocerla y más aún; si los Soviets no han sido reconocidos no existen y si no existen hay que aplicar la antigua ley rusa, el derecho imperial, lo que han hecho no tiene valor jurídico. Esta tesis es por sobre anti-jurídica, absurda, ya que le niega valor a una ley vigente y se lo da a una que sí en verdad es inexistente, pero a pesar de todo así se pronuncian los Tribunales franceses antes de 1924.

Otra teoría se contrapone a ésta y es la que afirma que el reconocimiento o no de un gobierno y por ende sus actos es de la exclusiva competencia del Derecho Público, que el no reconocimiento de un gobierno extranjero atañe al aspecto de las relaciones en el Derecho Público, lo que no impide que se reconozcan sus leyes vigentes, y si el sistema soviético es diametralmente opuesto y contrario al orden público de un país, no todas las leyes y disposiciones de la legislación soviética vigentes quebrantarán el orden público.

Esta tesis es más lógica, más acorde con el pensar jurídico, ya que sí se reconoce la existencia y vigencia de las leyes de un gobierno no reconocido. Casos en que la excepción de orden público produce un efecto negativo y positivo.

Leyes soviéticas. La aplicación de la antigua legislación rusa debe ser rechazada así como también la ley de los soviets, pero ante la necesidad de aplicar una norma a las relaciones jurídicas que puedan surgir debe aplicarse la *lex fori*, ley del foro, es decir es su caso la legislación suiza, francesa, española, salvadoreña, etc.

LEGISLACION EXTRANJERA.-

El Código Civil argentino enumera en su Art. 14 los casos en que las leyes extranjeras no son aplicables, y que son los siguientes:

- 1.- Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres;
- 2.- Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;
- 3.- Cuando fueren de mero privilegio; y
- 4.- Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos.

JURISPRUDENCIA.- Los tribunales alemanes, de acuerdo

con la idea de Savigny que considera el orden público internacional como una mera excepción a las reglas que prescriben la vigencia de un derecho extranjero, han aplicado siempre dicho concepto restrictivamente. Así, han acceptado el impedimento matrimonial de diferencia de religión que establece el derecho austríaco, a pesar de que la ley alemana consagra la igualdad de derechos de todas las religiones. Tratándose de mahometanos válidamente casados en el extranjero con varias mujeres, los tribunales alemanes han resuelto que todas ellas pueden demandar ante ellos alimentos de su marido y que todos los hijos de los diferentes matrimonios deben ser considerados como legítimos, incluso los nacidos en Alemania.

CAPITULO VII

OTRAS EXCEPCIONES

INTERES NACIONAL.-

ORIGEN: Asunto Lizardi, sentencia de la Corte de Casación francesa de 16 de febrero de 1861.

El caso Lizardi, se refería a un mexicano que había cumplido ya veintiún años y según la legislación de su país no había aún alcanzado la mayoría de edad y realizó contratos en Francia que deberían haber sido declarados nulos por defecto de capacidad, por la aplicación recíproca que la jurisprudencia francesa daba al párrafo 3o. del artículo 3o. del Código de Napoleón, el Tribunal declaró válido uno de los contratos ya que estimó inaceptable que se defraudara la buena fe de los franceses que realizaron contratos con Lizardi. La defensa del interés de las personas pertenecientes al país del juez justifica la denominación de esta limitación a la aplicación de las leyes extranjeras.

Considerando de la Corte de Casación: "Las incapacidades que se derivan de una ley personal no pueden oponerse a un francés que ha negociado en Francia con un extranjero de buena fe, sin ligereza ni imprudencia, en la creencia de que el extranjero era francés o que, por lo menos se regía por una legislación semejante a la francesa".

Se condensa esta doctrina así: "el menor de edad extranjero que contrata en Francia no puede prevalecerse de su ley nacional si resulta para el contratante, especialmente si es francés, una lesión para sus intereses."

Al admitir esta excepción la jurisprudencia de otros países, pasó a formar parte de los conflictos escritos.

Battifol se opone al nombre de interés nacional. Base la excepción en consideraciones prácticas, bajo el nombre de excusa por ignorancia de la ley extranjera.

INAPLICABILIDAD DE LAS LEYES REGULADORAS DE INSTITUCIONES DESCONOCIDAS.-

Recientemente ha sido formulada por la jurisprudencia inglesa una doctrina de exclusión de las normas extranjeras que establecen un Unknown Statut respecto a su derecho material, pero tal doctrina aparece en la mayoría de sus aplicaciones mezclada con la del orden público. Garde Cagtillo ha estudiado este problema, y llega a la acertada conclusión de que el desconocimiento de una institución en otro Derecho sólo puede ser causa de inaplicación de las leyes que la regulan en el supuesto de una imposibilidad técnica de su puesta en práctica.

Finalmente, la aplicación de leyes extranjeras se ha conectado algunas veces con una cuestión de carácter público, el reconocimiento del Estado de que proceden o del gobierno que rige a este Estado por aquel a

que el Juez pertenece.

En los años que siguieron a la revolución rusa fue muy frecuente la negación de aplicabilidad de las le y es so*v*ié*t*i*c*a*s* en virtud del argumento basado en que pro*c*e*d*ián de un gobierno no reconocido. La doctrina, en su gran mayoría, se ha pronunciado contra este punto de vis ta, así como contra la consecuencia de regir a los nacio*n*a*l*e*s* del país cuyo gobierno no había sido reconocido por un Derecho ya derogado en el Estado donde rigió. La exclusión de las leyes del Estado no reconocido ha sido impugnada con fuertes argumentos: 1o.- El reconocimiento en Derecho Internacional no es constitutivo de la personalidad de Estado reconocido, sino declarativo de dicha perso*n*a*l*i*d*a*d*.

Los Estados o gobiernos sean reconocidos o no siem pre existirán; las normas emanadas de él pueden ser jurídi cas, aunque tal vez no lo sean siempre. 2o.- Los motivos del no reconocimiento de un gobierno pueden depender de - las causas más variadas. El juez que ha de aplicar una ley extranjera debe contentarse con saber que las disposiciones de aquel país se aplican de una manera pacífica, continuada y a título de verdaderas leyes.

El problema puede complicarse en varios supuestos: uno de ellos es el de una guerra civil en la que de ca da uno de los bandos beligerantes emana distintas

disposiciones legales; en este supuesto nada más lógico que el reconocimiento se estime decisivo para determinar cuáles son las auténticas leyes del país a los ojos del juez de otro Estado.

FALTA DE RECONOCIMIENTO DE LOS ESTADOS Y GOBIERNOS.-

Hay que hacer una diferencia entre Estado no reconocido y Gobierno no reconocido.

Estado no reconocido/ La falta de reconocimiento del Estado extranjero no impide la aplicación de su derecho ya que el derecho existe independientemente del Estado.

Así, los argelinos musulmanes del rito malekita, los hindúes que siguen la ley de Manú, los kandys de Ceilán, etc.

Gobierno no reconocido/ La falta de reconocimiento del Gobierno de un estado extranjero reconocido no impide la aplicación de su derecho si éste es obedecido y respetado por los nacionales de ese país, por eso los jueces deben aplicar las leyes de un gobierno de facto, extranjero aún cuando le nieguen validez por su ilegitimidad.

Gobierno de hecho o "de facto".

Gobierno que no ha sido elegido por el sufragio popular u otro procedimiento constitucional.

Se refiere la denominación habitualmente a los

grupos que después del tiempo de una revolución ejercen el poder público en nombre de los sentimientos patrios de los ciudadanos y con el propósito, cuando no con el pretexto de servir sus intereses.

Los gobiernos de facto se oponen a los de derecho o legítimos y cuando en realidad estén animados patrióticamente adoptan el nombre de gobiernos provisionales, su gestión es interina ya que aún no han obtenido la aprobación popular en elecciones, revelan un propósito al menos aparente, de someterse a la decisión popular.

No hay que confundir las verdaderas revoluciones con los cuartelazos, que son "revoluciones (si así se les puede llamar) desde arriba" y que demuestran la mayor degeneración del sentido profesional, patriótico y político, sin otro móvil que el mando ambicioso, al decir del eminente maestro Cabanellas y con quien no podemos estar en desacuerdo.

Estos cuartelazos, madrugones, han sido especialidad hispanoamericana desde el siglo XIX. Espalderazo.m. Golpe dado de plano con la espada o con la mano, en las espaldas de uno.- Diccionario Manuel e Ilustrado de la Lengua Española.

El "espalderazo" costumbre medieval, persiste aún, y es eso y nada más que eso el reconocimiento de un gobierno de hecho, el espalderazo que el "señor feu

dal con poderes extraterritoriales, de uno u otro color", en la escasa gama de colonres de nuestros amos, de los a mos de esta América que creció y maduró en la independencia para luego caer en las garras de los colonialistas modernos que rigen nuestras vidas en lo económico, social, en fín, en todos los órdenes, sí, el "espaldarazo", que da el "señor feudal" del norte, así con minúsculas aunque sea poderoso porque la grandeza es solo de los corazones nobles y límpidos, de los luchadores por la libertad, no de los opresores.

En nuestra América, desgraciadamente, los demás gobiernos timoratos esperan casi siempre que el señor feudal dé el espaldarazo, para luego, servilmente, dar su reconocimiento al nuevo gobierno y darle así legitimidad y hacer salir a un pueblo de la zozobra de ser excluído del comercio y por ende ser llevado al caos, económico; es este un procedimiento de extorsión, del chantaje más vil ya que los ideales de un pueblo, por conveniencia económica, deben a veces ser sacrificados por una promesa de ayuda o de continuar la que se le daba al anterior gobierno, los pueblos no pueden ser aislados, condenados al ostracismo como pena a su rebeldía.

Otra complicación del carácter retroactivo del reconocimiento, cuando obtiene la victoria, y con ello el reconocimiento el bando que durante la contienda no fue

reconocido y que afirmando su legitimidad legisló desde el primer momento para todo el territorio, incluso para las regiones que de hecho no le estaban sometidas. La retroactividad del reconocimiento da lugar a decisiones judiciales anómalas.

México ha dado un hermoso ejemplo de no sometimiento a los poderosos y a través de los años perdurará como uno de los ideales más bellos, y que en cuanto al reconocimiento de gobiernos de facto se cristalizó en la Doctrina Estrada.

DOCTRINA ESTRADA .-

Enunciada por Genaro Estrada y que está condensada en el comunicado de la Cancillería Mexicana a sus representantes diplomáticos en el exterior:

"El Gobierno de México, se limita a mantener o retirar, cuando lo crea procedente a sus Agentes Diplomáticos, y a continuar aceptando, cuando lo considere procedente, a los similares Agentes Diplomáticos que las naciones respectivas tengan acreditados en México, sin calificar, ni precipitadamente, ni a posteriori, el derecho que tengan las naciones extranjeras para aceptar, mantener o sustituir a los Gobiernos o autoridades.

México no se pronuncia en el sentido de otorgar reconocimiento, porque considera que éste es una práctica denigrante, que sobre herir la soberanía de otras naciones, coloca a éstas en el caso de que sus asuntos ex

teriores puedan ser calificados en cualquier sentido, por otros Gobiernos, quienes de hecho asumen una actitud de crítica al decidir favorablemente o desfavorablemente, sobre la capacidad legal de regímenes extranjeros".

Discusión del proyecto de Código de Derecho Internacional Público por la Junta de Jurisconsultos Americanos celebrada en Río de Janeiro en 1927.

El Artículo dice: "el reconocimiento de un Estado significa que el Estado que lo reconoce acepta la personalidad del otro con todos los derechos y deberes determinados por el Derecho Internacional.

El reconocimiento es incondicional e irrevocable.

El reconocimiento del Gobierno tiene por objeto simplemente iniciar relaciones diplomáticas con este gobierno o continuar normalmente las anteriores".

BIBLIOGRAFIA

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. . . Julián G. Verplaetse

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO . . Antonio Sánchez de
Bustamante y Sirvén

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO . . Adolfo Miaja de la
Muela

PRINCIPIOS DE DERECHO

INTERNACIONAL PRIVADO J. P. Niboyet

TESIS DOCTORAL Dr. René Padilla y
Velasco hijo.

CODIGO BUSTAMANTE

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS