

# Problemas del derecho internacional privado

María Elena Mansilla y Mejía

SUMARIO. 1. Derecho internacional privado; 2. Problemas del derecho internacional privado; 2.1. Relaciones jurídicas; 2.1.1. Relaciones absolutamente nacionales; 2.1.2. Relaciones relativamente internacionales; 2.1.3. Relaciones absolutamente internacionales; 2.2. Consideraciones previas a la teoría de los derechos adquiridos; 2.3. Teoría de los derechos adquiridos; 2.4. Orden público; 2.5. Institución desconocida; 3. Orden público, institución desconocida e institución análoga; 3.1. Orden público; 3.2. Institución desconocida; 3.3. Institución análoga; 4. La institución desconocida y la institución análoga en el derecho mexicano y en la II convención interamericana de derecho internacional privado; 4.1. Derecho mexicano; 4.2. II convención interamericana de derecho internacional privado; Conclusiones.

## INTRODUCCIÓN

Dentro de los problemas que se presentan en el Derecho Internacional Privado, y, concretamente en la técnica indirecta conocida como Sistema Conflictual Tradicional, hay tres aspectos que están muy relacionados:

- El Orden Público.
- La Institución Desconocida, y;
- La Institución Análoga.

Explicar estos tres problemas exige, previamente, determinar en forma somera que es el Derecho Internacional Privado.

Si bien es cierto que el auditorio es conocedor del derecho y del Derecho Internacional Privado, la lógica jurídica de toda exposición exige partir de ese punto, en tal sentido el orden a seguir será el siguiente:

- Derecho Internacional Privado.

## Seminario de Derecho Internacional

- Los problemas del Derecho Internacional Privado.
- Orden Público, Institución Desconocida e Institución Análoga.
- La Institución Desconocida y la Institución Análoga en el derecho mexicano y en la II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado
- Conclusiones.

### 1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dentro de este punto son varios los aspectos a tratar:

El primero de ellos es la denominación

¿Por qué llamar a este conocimiento jurídico derecho internacional privado?

La respuesta es clara, por que la complejidad de sus problemas es tal, que abarca situaciones privadas que a la vez implican una relación internacional, tal conexión llevó a uno de sus estudiosos a darle el nombre de Derecho Internacional Privado, una vez que Story le aplicó tal denominación, otro estudioso de área tan compleja, Foelix, escribió la primera obra bajo el título de Derecho Internacional Privado, cuyo objeto de estudio serian los problemas que surgieran por el tráfico jurídico internacional de las personas, de un país a otro.

Tal movimiento se enfrento a la problemática de que la interrelación señalada propiciaba un doble conflicto:

- El primero se refería a la contraposición de intereses de las partes, conocido como problema sustantivo o de fondo.
- El segundo era el propio del Derecho Internacional Privado, consistente en determinar el derecho que habría de aplicarse al problema sustantivo, cuya solución estaría supeditada a la previa certeza del derecho aplicable al fondo del asunto.

Dada la naturaleza del conflicto, éste sólo tendría solución mediante la aplicación de una técnica jurídica que determinara, con una base lógico-jurídica, el derecho que hiciera justicia a las partes involucradas en el conflicto.

Fue así como surgió el Sistema Conflictual dentro del cual se enmarcan los problemas a presentar que como ya se expuso son:

- El Orden Público
- La Institución Desconocida.
- La Institución Análoga.

## Problemas del derecho internacional privado

Pensar que en el siglo XXI, en que todo tiende a globalizarse, se aluda a una institución desconocida resulta insólito; por lo que cabe preguntar.

¿Qué debe entenderse por Institución Desconocida?

¿Por qué se le denomina así?

¿Recibe tal nombre porque realmente no se le conoce, o simplemente porque no es parte de un sistema jurídico concreto?

¿En qué momento se determina que una institución jurídica no existe dentro de un Estado?

¿Por qué es necesario determinar que una institución existe en un ordenamiento jurídico y en otro no?

Dar respuesta a tales cuestionamientos conduce al análisis de algunos problemas del derecho internacional privado entre los que destacan: las relaciones jurídicas y la teoría de los derechos adquiridos.

## 2. PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 2.1. RELACIONES JURÍDICAS

Un autor clásico, Jitta<sup>1</sup> en el estudio realizado sobre el método del Derecho Internacional Privado, expone que existen tres clases de relaciones jurídicas:

#### *2.1.1. Relaciones absolutamente nacionales.*

Son aquéllas que desde el punto de vista del Estado en que se realizan, se llevan a efecto entre nacionales en su propio Estado. Estas relaciones quedan fuera del campo del Derecho Internacional Privado.

#### *2.1.2. Relaciones relativamente internacionales.*

Estas se presentan cuando para un Estado son nacionales y para otro internacionales, ésto en atención a que se establece una vinculación con el derecho de otro Estado. Tal supuesto comprende las relaciones que surgen entre personas de la misma

<sup>1</sup> Cfr. JITTA, J.- *Método del Derecho Internacional Privado*.- S.N.E.- Editorial La España Moderna.- Madrid.- págs. 207 y ss.

## Seminario de Derecho Internacional

nacionalidad, realizadas en su propio Estado y que sin embargo sus consecuencias dan lugar a un problema, respecto a su validez o efectos, en otro Estado.

Aquí el acto realizado en el Estado es nacional, en tanto que el cuestionamiento sobre su validez o efectos es relativamente internacional por ocurrir en otro Estado.

Tal sería el caso de un contrato celebrado en México por nacionales y cuyos efectos o validez, al vincularse con el derecho de otro Estado dieran lugar a un conflicto respecto al derecho que debiera resolverlo.

### *2.1.3 Relaciones absolutamente internacionales.*

Estas se actualizan cuando el acto jurídico que le dio origen, se llevó a efecto entre personas de diferente nacionalidad y además existe una conexión con el derecho de otro u otros Estados, situación que es aun más compleja.

De estas tres relaciones las que interesan al Derecho Internacional Privado, son las relativas y las absolutamente internacionales por ser las que plantean el conflicto de:

¿Qué derecho ha de aplicarse?,

¿El derecho del lugar donde se presenta el conflicto? o; ¿El derecho donde se realizó el acto original?

El mismo autor Jitta, sostiene que de no aplicarse el derecho del lugar donde surgió el conflicto, se desconocería tal normatividad, lo que podría resultar inadmisibile.

Jitta en el desarrollo del problema también sostuvo que, de aplicarse el derecho bajo el cual se realizó el acto que dio origen al conflicto, habría la imposición de un derecho ajeno.

¿Cómo resolver el problema entonces?.

Fue en busca de la solución que surgió la teoría de los derechos adquiridos.

## **2.2. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS**

¿Qué son los derechos adquiridos?

Contestar esta pregunta requiere analizar previamente a la norma jurídica. Por lo tanto recuérdese que todo orden jurídico se compone de normas y estas se forman de un supuesto y una consecuencia, en tal sentido una vez que se realiza la hipótesis normativa se dará la consecuencia jurídica.

Atento a lo anterior la realización de un supuesto indefectiblemente dará lugar a una consecuencia que debe ser reconocida en sus efectos, los que pueden

## Problemas del derecho internacional privado

consistir en el surgimiento de un derecho, su extinción, su modificación, e incluso la consecuencia puede ser una sanción.

De acuerdo a lo anterior una vez realizado un supuesto que otorga un derecho, el reconocimiento de sus efectos es indispensable, ya que de lo contrario el derecho sería nugatorio. Este reconocimiento no implica problema alguno cuando la norma se aplica a las relaciones absolutamente nacionales, el conflicto surge en las relaciones relativa y absolutamente internacionales en las que el derecho se adquiere de acuerdo con la norma de un Estado y se pretende su reconocimiento y eficacia en otro Estado, por ser ya un derecho adquirido.

### 2.3. TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

La teoría sostiene que los derechos adquiridos, para ser reconocidos y respetados, deben reunir los cuatro requisitos siguientes:

- La existencia de un derecho creado por la ley; esto implica una situación general y abstracta.
- La realización de un acto que le de vida al supuesto.

En este punto ya se está en una situación concreta que da origen a un derecho subjetivo.

- Este derecho subjetivo para ejercerse debe ser reconocido
- El derecho adquirido una vez que se reconoce, debe causar sus efectos, es decir, debe ser eficaz.

Aunque lo justo sería que todo derecho nacido en un Estado, debiera ser reconocido en cualquiera otro, tal razonamiento que sin duda es deseable, no siempre es posible, debido a que existen las siguientes reglas respecto a la aplicación del derecho:

- En el territorio de un Estado, sólo es derecho el que es creado en él.
- El derecho de un Estado no puede tener vigencia en otro.
- Es inadmisibles que un Estado pretenda regular conductas realizadas más allá de sus fronteras<sup>2</sup>

<sup>2</sup> TRIGUEROS, Eduardo. "La aplicación de leyes extrañas. El problema fundamental". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. S.N.E. Edit. Jus. México 1941. pág. 18.

## Seminario de Derecho Internacional

De lo expuesto se desprende que el derecho es territorial, por lo que sólo tendrá reconocimiento, validez y eficacia en el territorio en que surgió.

Sí bien el derecho fundamentalmente es territorial tal situación no es absoluta ya que la existencia de una multiplicidad de Estados y las relaciones que se establecen entre sus nacionales dan lugar a vínculos jurídicos, relativa o absolutamente internacionales, y es aquí donde surge la pregunta.

¿Cómo se protegerán las situaciones creadas bajo el derecho de un Estado cuyo reconocimiento y eficacia dependen de las normas de otro Estado?

Lo anterior implica un dilema, ya que por un lado el derecho es territorial, y, por otro no reconocer y no dar eficacia a derechos u obligaciones surgidos bajo las disposiciones de otro Estado, es contrario al mínimo principio de justicia.

La teoría de los derechos adquiridos busca resolver el dilema planteado y al efecto invoca que su objeto no es dar origen a nuevos derechos, ya que lo único que se pretende es respetar los derechos ya existentes, derechos que ya forman parte de la esfera jurídica de la persona.

En tal sentido la teoría de los derechos adquiridos sostiene que el respeto a tales derechos se lleva a efecto mediante el reconocimiento y la eficacia que el derecho de otro Estado debe darles.

En apoyo de esta teoría, Niboyet<sup>3</sup> sostiene que el reconocimiento de los derechos adquiridos exige determinar con precisión:

- ¿En qué momento hay un derecho adquirido? y;
- ¿Qué efectos producirá ese derecho adquirido?.

Hay un derecho adquirido, dice Niboyet, cuando se satisfacen dos condiciones:

- Una interna y
- Otra internacional.

Internamente, el derecho adquirido debe existir.

Internacionalmente el derecho debe haberse adquirido bajo una ley competente.

Satisfechas las dos condiciones, el derecho surgido bajo la norma de un Estado será reconocido y respetado al invocarse en un segundo Estado.

El reconocimiento de los derechos adquiridos conllevaría dos situaciones:

<sup>3</sup> NOBOYET, J.P.- *Principios de Derecho Internacional Privado*.-S.N.E.-Editora Nacional S. de R.L.- México.- 1957.- págs. 271 y ss.

## Problemas del derecho internacional privado

- La primera, sería la transposición del derecho adquirido, de los límites de su propio Estado y;
- La segunda, consistiría en la transposición de los límites del Estado cuyo reconocimiento se solicita.

De esta forma se habría logrado la aceptación, el reconocimiento y la eficacia del derecho extranjero.

El reconocimiento y la ejecución del derecho extranjero si bien son un problema también dan lugar a beneficios en aras de la justicia, ya que evitan la impunidad y dan certeza jurídica.

Pese a las bondades del reconocimiento y respeto al derecho extranjero mediante la aceptación de los derechos adquiridos, tal teoría tampoco es absoluta, ya que tiene dos excepciones:

- El Orden Público y;
- La Institución Desconocida.

### 2.4. ORDEN PÚBLICO

El Orden Público es una figura jurídica del Derecho Internacional Privado.

En forma simplista se le ha definido como la no aplicación del derecho extranjero, tal enunciado en realidad lo que destaca es el efecto del orden público, más no dice lo que realmente es; en consecuencia no lo define ni determina su naturaleza jurídica.

El orden público es una institución protectora del derecho interno cuyo fin es evitar la violación a instituciones fundamentales de un Estado.

El orden público es una excepción ante la obligación que asume un Estado de reconocer y respetar el derecho extranjero, su objetivación se manifiesta en una cláusula que se incluye en todas las Convenciones de Derecho Internacional Privado, cuya finalidad es evitar que en un caso concreto, se aplique una disposición extranjera que esté totalmente en contra de una institución fundamental de ese Estado.

### 2.5. INSTITUCIÓN DESCONOCIDA

El enunciado Institución Desconocida en forma alguna implica la ignorancia de su existencia, lo que significa es su ausencia en el derecho interno de un Estado.

## Seminario de Derecho Internacional

Es una figura jurídica poco estudiada por diversa razones, dentro de las cuales se pueden destacar:

- La tendencia actual de crear un derecho uniforme que proporcione seguridad jurídica y evite, dentro de lo posible, situaciones de conflicto; su escaso estudio puede obedecer también a que suele confundirse o suplirlo con la institución análoga o con el orden público, ya que las tres instituciones tienen en común como función no aplicar el derecho extranjero.
- La institución desconocida es una excepción al reconocimiento y eficacia de un derecho extranjero y por lo mismo está en íntima relación con los derechos adquiridos; por lo que en este punto para unir estos dos elementos, será necesario retomar la teoría de los derechos adquiridos.

Recuérdese que el reconocimiento y eficacia de los derechos adquiridos exige:

- Que el derecho que se invoca como adquirido, realmente exista dentro de las normas extranjeras y;
- Que ese derecho se haya adquirido bajo una ley competente.

Niboyet consideró que la existencia del derecho adquirido era un elemento interno, en tanto que denominó elemento internacional a que la norma fuera competente.

Cabe aclarar que ambas normas son internas, y que el elemento internacional surgirá en el momento en que se solicite a un segundo o tercer Estado, el reconocimiento y eficacia del derecho adquirido, lo que sólo procederá si la institución o derecho a los que se haya de reconocer y dar eficacia existen en el Estado requerido.

### 3. ORDEN PÚBLICO, INSTITUCIÓN DESCONOCIDA E INSTITUCIÓN ANÁLOGA

#### 3.1. ORDEN PÚBLICO

De acuerdo a lo expuesto en los puntos anteriores se precisa que, si la institución existe pero es totalmente contraria al derecho que se invoca, se estará frente al orden público por lo que en consecuencia no se aplicara el derecho extranjero.

### 3.2. INSTITUCIÓN DESCONOCIDA

En el mismo orden de ideas, si la institución que se invoca como derecho adquirido no existe, se estará ante la institución desconocida, en este supuesto el derecho extranjero ya adquirido no será reconocido, respetado ni tendrá eficacia alguna.

Atento a lo anterior, una institución será desconocida cuando no exista en un ordenamiento jurídico concreto, lo que puede ocurrir por una laguna de la ley o porque el legislador considero innecesario incluirla en su sistema jurídico por ser contraria a las necesidades o cultura jurídica de la comunidad.

La institución desconocida no existe en el Estado solicitado por lo tanto, la petición que se le dirija para que reconozca un derecho adquirido en el extranjero, no procedería por ningún motivo ya que:

¿Cómo podría un Estado reconocer un derecho que proviene de una institución a la que sus propios nacionales son ajenos?

A la institución desconocida se le ha querido atribuir la calidad de una imposibilidad moral para aplicar el derecho extranjero y se le ha denominado imposibilidad material.

Procede considerar que la imposibilidad para reconocer y dar eficacia a un derecho subjetivo, proveniente de una institución desconocida o para llevar adelante un procedimiento totalmente ajeno, de ninguna manera debe calificarse como imposibilidad material o moral, ya que sin duda la imposibilidad de aplicar el derecho extranjero es totalmente jurídica.

Es atribución del legislador crear y regular las instituciones jurídicas, por lo que si una institución no ha sido creada, no existe y de lo inexistente no puede derivar ningún efecto, por lo tanto será imposible reconocer y dar eficacia a un derecho que el legislador del Estado solicitado no ha introducido en su régimen jurídico.

### 3.3. INSTITUCIÓN ANÁLOGA

A fin de centrar lo que debe entenderse por institución análoga, es necesario determinar que se entiende por analogía.

La analogía es una técnica por la cual se aplica a una situación no prevista concretamente en la ley, la misma norma que regula una situación semejante, lo cual implica una adecuación de la norma existente al caso no previsto.

Esta adecuación de la norma para aplicarla a un supuesto no previsto, generalmente implica modificaciones o limitaciones, en función de que la situación no regulada es similar pero no igual, en consecuencia dos situaciones serán análogas

## Seminario de Derecho Internacional

cuando entre ellas exista una identidad parcial, esto es, cuando presente ciertos elementos comunes.

La analogía consiste en atribuir a dos situaciones parcialmente idénticas, una de ellas prevista por la ley y la otra no, las mismas consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso regulado.

En el estudio de la institución desconocida se ha llegado a sostener que la imposibilidad para reconocer y dar eficacia a un derecho podría ser sólo parcial, ya que al presentarse la situación de que ambos Estados tuvieran instituciones análogas reguladas en distintos términos sería injusto desconocer la existencia de tal semejanza.

Sobre la base de que en efecto, sería una injusticia desestimar el reconocimiento y eficacia parcial de un derecho adquirido, de existir cierta semejanza en las instituciones interna y extranjera, se consideró necesario reconocer y dar eficacia al derecho extranjero por ser instituciones análogas.

Esta situación de similitud entre la norma nacional y la extranjera es lo que permite reconocer parcialmente, los derechos adquiridos en otro Estado.

De acuerdo a lo anterior no debe confundirse la institución desconocida con la institución análoga ya que es evidente que se trata de dos figuras totalmente distintas.

En este orden de ideas ante la petición del reconocimiento y eficacia de un derecho extranjero, el juez tendría que realizar un análisis de su normatividad y un juicio de valor en el que, mediante la comparación entre el derecho que se invoca como adquirido y el derecho al que se acude, determine si la institución de la que proviene el derecho cuyo reconocimiento y eficacia se solicita, existe o no en el Estado solicitado, y si de existir es susceptible de reconocerse y darle eficacia total o parcialmente. De este juicio de valor pueden derivar tres situaciones:

- Si la institución que se invoca como derecho adquirido existe pero es contraria al orden jurídico del Estado al que se solicita el reconocimiento y eficacia, tal derecho no se aplicará en función del orden público.
- Si la institución que se invoca como derecho adquirido no existe en el sistema jurídico del Estado al que se solicita su reconocimiento y eficacia se estará ante la institución desconocida y;
- Si la institución existe en el ordenamiento jurídico del Estado ante el cual se solicita el reconocimiento y eficacia de un derecho adquirido, aún cuando tal institución presente diferencias o limitaciones, se estará ante la institución análoga, y en consecuencia se le reconocerá y dará eficacia parcial.

## 4. LA INSTITUCIÓN DESCONOCIDA Y LA INSTITUCIÓN ANÁLOGA EN EL DERECHO MEXICANO Y EN LA II CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 4.1. DERECHO MEXICANO

Respecto a la institución desconocida y la institución análoga, el artículo 14 del Código Civil Federal y del Distrito Federal establecen:

“No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos”

Esta norma parece insinuar la institución desconocida, sin embargo es incompleta y se limita a regular la figura de la institución análoga, aunque bien podría regular ambas instituciones con sólo eliminar la palabra inicial NO e intercalar la palabra SALVO.

En tal sentido y con el fin de regular las dos instituciones, ambos artículos 14 de los Códigos Civil Federal y del Distrito Federal deberían estar en los siguientes términos:

“Será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, SALVO si existen instituciones o procedimientos análogos”.

### 4.2. II CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo Uruguay el 8 de mayo de 1979, de la que México es parte, en el artículo 3º

En relación con la institución desconocida y la institución análoga establece lo siguiente:

“Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contempladas en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos”

## Seminario de Derecho Internacional

Como claramente se puede percibir, el artículo transcrito regula tanto la institución desconocida como la análoga y las distingue perfectamente bien, lo que no ocurre en el artículo 14 del Código Civil Federal ni en el Código Civil del Distrito Federal ya que ambos son una copia infiel del artículo 3° de la II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado.

### CONCLUSIONES

1. El Orden Público es el medio jurídico que permite a un Estado no reconocer ni aplicar el derecho extranjero, en una situación concreta, por ser contrario a su régimen jurídico interno.
2. Un Estado, no tiene que reconocer y dar eficacia a derechos adquiridos bajo una institución que para él es desconocida por no contemplarla en su régimen jurídico.
3. El Orden Público y la Institución Desconocida tienen como elemento común no reconocer, aplicar y dar eficacia a normas o derechos adquiridos bajo disposiciones extranjeras.
4. Cuando dos Estados regulan instituciones semejantes, pueden entre sí, reconocer y dar eficacia a derechos adquiridos en la medida que lo permita la institución análoga.
5. La Institución Desconocida y la Institución Análoga son totalmente distintas, ya que la primera no reconocerá ni dará eficacia a derechos adquiridos, por no regular la institución de la que provienen. En tanto que la Institución Análoga siempre permitirá un reconocimiento y eficacia parciales.
6. Los Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal sólo regulan la Institución Análoga, por lo que es necesario incluir la Institución Desconocida.
7. La II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado regula tanto la Institución Desconocida como la Institución Análoga.