

CAPÍTULO XI

LA EVOLUCIÓN DE NUESTRO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

57. *Legislación primitiva española: los fueros; sistema de las Partidas.* 58. *Consecuencias de la influencia romanista en la interpretación de los textos legales.* 59. *Manifestaciones doctrinales en España; autores que influyen en el pensamiento español sobre la materia.* 60. *Legislación colonial. Tendencias primitivas hacia el personalismo.* 61. *Jurisprudencia colonial; leyes aplicadas. El derecho en la época de la Independencia.* 62. *Legislación de México Independiente. Subsistencia de la legislación Española en la materia.* 63. *Sistema del Código Civil de 1870, concordancias e interpretación.* 64. *Elaboración sobre el Código de 1870, su reproducción en el de 1884; tendencias marcadas en la jurisprudencia; desarrollo doctrinal por autores mexicanos.*

57) *Legislación primitiva española: los fueros; sistema de las Partidas*

El fenómeno que mencionamos antes, consistente en la coexistencia de diversas leyes en un mismo territorio a la caída del Imperio Romano de Occidente, lo encontramos marcado con caracteres excepcionalmente visibles en España, ya que durante la dominación de los Césares fue la península una provincia romana, unida de tal modo a la metrópoli que la romanización del pueblo, y particularmente, la romanización de sus instituciones jurídicas puede decirse que fue absoluta.¹³³

La caída del Imperio Romano al impulso de la invasión de los bárbaros acentuó en España la vigencia simultánea del derecho romano, rigiendo a la población hispanorromana, y el derecho bárbaro rigiendo a los invasores, haciendo necesario el sistema de derecho personal en forma más visible que en los demás países de Europa, pero a medida que se efectuaba la fusión sociológica de las diversas razas que habitaban la península, el derecho indígena volvía por su primitiva eficacia penetrando las ideas del derecho romano en las instituciones del derecho visigodo.

El personalismo del derecho viene siendo substituido paulatinamente por la idea de la territorialidad del derecho, acentuándose cada vez más

¹³³ Ver sobre la historia del derecho español en la Edad Media la obra de Salvador Minguijón, *Historia del derecho español*, p. 39 y ss., y los autores por él citados.

la necesidad de dar exclusiva eficacia a una sola ley. Tal tendencia la encontramos marcada en el *Codex Revisus* de Leovigildo y en las posteriores recopilaciones legales como en el *Forum Judicum* (*Liber judiciorum judicum legem et forum judicum*), pero por la redacción misma de sus disposiciones se entrevé la existencia o cuando menos la tendencia al sistema personalista. Las leyes contenidas en él sirvieron de norma tanto a los godos como a los hispanorromanos y este solo hecho da idea de su espíritu personalista.

Existe, además una ley del Fórum, comentada por Montesquieu en su *Espíritu de las Leyes*, que sigue aún el principio de la personalidad "*Quum transmarini negotiatores inter se causam habent, nullus, de sedibus nostris eos audieri presumat, nisi tantummodo suis legibus audientur apud telonarios suos*".¹³⁴ Es de tenerse en cuenta la abolición del derecho Romano decretada por Chindasvinto (F. J. II.1-8), que dice:

Bien sofrimos, et bien queremos que cada un omme sepa las leyes de los estrannos por su pro; mas quanto es de los pleytos iudgar, defendémoslo e contradécimos que las usen que, maguer que y aya buenas palabras, todavía ay muchas gravedumbres, porque abonda por fazer iusticia, las razones e las palabras, e las leyes que son contenidas en este libro. Nin queremos que daqui adelante sean usadas las leyes romanas ni las estrannas.

La invasión musulmana vino a ser nueva causa del renacimiento de la personalidad en el derecho español, ya que volvieron a existir los motivos que dieron lugar a su primitiva existencia, pues no obstante que el feudalismo elevara a la categoría de principio institucional la territorialidad de la ley, en el territorio español existían de manera estable grupos importantes de judíos, musulmanes, moros y toda una serie de castas y grupos híbridos. Estos grupos tenían su derecho especial; los judíos tenían tribunales mixtos en los cuales se aplicaba la ley hebrea y en ciertos casos el derecho de Justiniano. Las resoluciones de estos tribunales podían recurrirse en apelación ante el Rey. Además, el derecho romano era considerado como derecho personal del clero católico, tal vez como manifestación del derecho canónico de la Iglesia.

Al lado de estas manifestaciones personalistas, encontramos la formación de los fueros, documentos legislativos y recopilaciones de costumbres que vienen a formar derechos locales, semejantes a las leyes de las ciudades del norte de Italia a que nos hemos referido antes.

Entre los siglos XI al XIII encontramos en España un renacimiento del derecho romano, que viene a ser presentado como un monumento de la mentalidad humana, debido a los estudios de las escuelas italianas. Ese

¹³⁴ Ver sobre estos puntos J. M. Trías de Bes, "Conception du Droit International Privé d'après la doctrine et la pratique en Espagne", *Recueil des Cours de la Academia de la Haya*, 1930-I. pp. 627 y ss., de donde se han tomado parte de estos datos.

derecho romano que formaba un fondo en la legislación vigente, integrada de elementos romanistas combinados con instituciones bárbaras, viene a ser presentado como la máxima expresión del derecho. Las manifestaciones entusiastas de los profesores de la escuela de Bolonia tuvieron eco en España, de igual manera que el desprecio de los glosadores por el derecho consuetudinario feudal hizo que se mermara la autoridad de éste, aumentando la importancia del derecho de la ciudad imperial y haciendo que el derecho romano fuera tenido en España como en los demás países en esa época como derecho superior y común a la humanidad. El derecho positivo de cada localidad era concebido, como en su oportunidad dijimos, como derogación excepcional y accidental a la *lex*.

Este renacimiento del derecho romano y la alta estimación en que era generalmente tenido provocó la formación de las *Partidas* de Alfonso X de Castilla.

Hasta antes del siglo XII "Se estaba", según expresión de Flach, "a cien leguas de los textos; se vivía sobre la tradición. Manuales de leyes bárbaras, el derecho feudal, el derecho canónico se mezclaban a las leyes romanas deformadas y mal comprendidas y constituían la base de la enseñanza en la Escuela y de la práctica judicial".

Al ser debidamente conocido el derecho romano, su comparación con el derecho feudal produjo no solamente una corriente hacia el mejoramiento del derecho positivo, sino la tendencia a romanizar el derecho vigente.

Fruto del primer deseo es la formación de las leyes de *Partida* de don Alfonso *el Sabio*, que se ocupan en todas las materias del derecho y forman una recopilación en la que reúnen las tradiciones del primitivo derecho castellano con las ideas, sobre todo en materia civil, del derecho romano. En su formación se siente la influencia marcadísima de juristas en las Escuelas Italianas.¹³⁵

En estas leyes se contienen reglas que sin duda alguna fueron las primeras en derecho positivo relacionadas con la aplicación de leyes extrañas, formando estas reglas un verdadero conjunto sistemático que puede apreciarse viéndolas en grupo.

La ley que fija los lineamientos del sistema es la ley 15 del título 1 de la *primera partida*, que dice:

Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos de las obedecer e guardar e juzgarse por ellas, e no por otro escrito de otra ley, fecha en ninguna manera: e el que face la ley

¹³⁵ Se designan como autores de esta ley a Jacome o Jacobo Ruiz (se dice que fue natural de Génova y se le apellida "Raganis"), a Fernando Martínez y al maestre Roldán. Estos tres juristas eran doctores en derecho de escuela italiana, tal vez Bolonia. Ver Miguel S. Macedo, *Apuntes para la historia del derecho penal mexicano*, México, 1931, p. 93.

es tenuto de la facer cumplir. E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío que ficiesen en el pleyto, postura o yerro en la tierra do se juzgare por las leyes, ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escudados de estar al mandamiento dellas...

Esta declaración de territorialismo absoluto, base general del sistema, lo encontramos confirmado en la ley 6 del título iv de la *Partida Tercera*, que al señalar la manera como ha de darse posesión de su cargo a los jueces, señala entre las "cosas" que bajo juramento han de guardar... "La quinta, que los pleytos, que vinieren ante ellos, que los libren bien y lealmente, lo mas ayna y mejor que supieren e por las leyes deste libro e non por otras", haciendo así indudable el deseo del legislador de aplicar por regla general sólo la ley que regía a sus jueces.

Hay sin embargo excepciones a este principio así establecido.

La ley 15 del título xv de la *Tercera Partida* contiene un verdadero sistema elemental de aplicación de leyes extrañas. Dicha ley se titula

"Como los pleytos se pueden prouar por ley e por fuero" y en ella se dice:

Non tan solamente se podrán prouar los pleytos e las contiendas que son entre los omes, por conocencias, o por testigos, o por cartas valederas, o por preuillejos, o por escritura pública, por sospecha, o por fama, así como de suso diximos; mas por ley o por fuero que auerigue el pleyto sobre que es la contienda. E por ende dezimos, e mandamos, que toda ley deste nuestro libro, que alguno alegare ante el Judgador para prouar lo que dize, que vale e que se cumplá. Es si por auentura alegasse ley o fuero de otra tierra que fuesse de fura de nuestro señorío mandamos que en nuestra tierra non haya fuerza de prueua; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto o postura que ouiessem fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble o rayz de aquel logar. Ca entonce, maguer estos estraños contendiessen sobr aquellas cosas antel Juez de nuestro señorío, bien pueden rcbir la prueua o la ley o el fuero de aquella tierra que alegaren antel, e deuese por ella aueriguar e deliberar el pleyto...

Encontramos así la posibilidad de aplicación de la ley extraña y su designación por la referencia de esta ley a la del lugar de situación del bien o de celebración del contrato.

Idéntica tendencia encontramos en materia de estipulaciones matrimoniales en la *Cuarta Partida*, título xi, ley xxiv, donde se dice a este respecto

E dezimos que el pleyto que ellos pusieron entre sí deue valer en la manera en que se auiniran, ante que casassen o quanto casaron, e non deue ser embargado por la costumbre contraria de aquella tierra do fuessen a morar. Esso mismo sería, maguer ellos no pusiessem pleyto entre sí: ca la costumbre de aquella tierra do fizieron el casamiento deue valer quanto en las

dotes e en las arras e en las ganancias que fizieren, e non la de aquel lugar do se cambian.

En cuanto a los impedimentos matrimoniales, encontramos en el mismo cuerpo de leyes una disposición que nos muestra al mismo tiempo que la subsistencia de un sistema personalista de derecho una orientación en cuanto hace a aplicación de leyes extrañas en materia de actos de estado civil. Esta ley es la 6ª del del título vi de la misma *Cuarta Partida* y dice: "Mas si algunos seyendo moros o judíos, casando segund su ley seyendo parientes o cuñados, e después de ésto se tornasen christianos algunos de aquellos que fuessen casados, non deue ser desfecho el casamiento por esta razón..."

Así el sistema de las Partidas puede delinearse como estableciendo por regla absoluta la aplicación exclusiva de la ley del Estado, aun cuando por mandato del mismo Estado deba tenerse como ley y aplicarse la extraña a él, pero cuando conforme a ella se haya pactado o debiera pactarse y cuando las cosas objeto del litigio estuvieren fuera del alcance de la autoridad que dicta la ley, tendiendo además a proteger los actos de Estado Civil ejecutados aun dentro del territorio por personas no identificadas a la corriente de ideas que gozaba del favor del soberano, dando en plena Edad Oscura (siglo XIII) una muestra de tolerancia y de comprensión que aún hoy habla muy alto de la cultura de los autores de esa ley.

58) *Consecuencias de la influencia romanista en la interpretación de los textos legales*

Desgraciadamente la influencia de las escuelas italianas fue aún más allá de lo debido en la aplicación de estas sapientísimas leyes que, aun incluidas posteriormente en otras disposiciones,¹³⁶ no por eso fueron aplicadas sino que sufriendo la impetuosa corriente de ideas que brotó de los estudios de los postglosadores, en España, como en Francia, olvidando la diversa posición jurídica que respecto a la ley guardaba el derecho romano, siguieron las ideas de los juristas italianos, dando al derecho imperial validez para la resolución de los conflictos de leyes y abandonando los textos positivos, en cuya elaboración hubiera podido nacer un sistema completo de derecho internacional privado, se siguieron las ideas, aparentemente fáciles y en el fondo obscuras y sin valor legal en España, de Bartolo y de Baldo.

Encontramos por ejemplo en la glosa de Gregorio López a las *Partidas* continuas referencias al comentar estas leyes a los estudios de Bartolo y

¹³⁶ Ley I de las Leyes de Toro; Ley 3, tít. 1º, lib. 2 de la *Recopilación*; Leyes 2, 4 y 5 del tít. 5º, *Recopilación*; ley 2, tít. 16, lib. 5º *Recopilación* y otras.

Baldo en relación a la ley *cuantos populos* de la Constitución *De summa trinitate*, advirtiendo al comentar la ley 6 del título iv, *Partida Tercera*: “*Et qui materia ista est diffusa et habet plurimas questiones recurrendum est ad plene et tradita per Bartolus, Baldus, Albericus, Salicetus... in dicta lex cuntos populos C. de summa trinitate et fide catholica...*”¹³⁷

Comprendemos la enorme importancia que desde fines del siglo xiv en adelante tuvieron en España las opiniones de Bartolo y de Baldo, si recordamos que fueron establecidas cátedras especiales para la enseñanza de sus obras y se llegó a decir: “*nemo bonus jurista nisi sit Bartulista*”¹³⁸ y que los Reyes Católicos concedieron fuerza de ley a sus opiniones y a las de Juan Andrés y el Abad por real ordenanza de 1499, si bien esa disposición fue derogada por la ley primera de las *Leyes de Toro* publicadas en 1505 en nombre de Juana la Loca.

Los juristas españoles, no obstante la ley última citada, antes y después de ella, en cuanto a aplicación de leyes extrañas, olvidaron totalmente los textos positivos, siguiendo en la práctica la aplicación casuística de las doctrinas estatutarias, forzando de vez en cuando el texto de la ley, como lo hace Gregorio López,¹³⁹ para acomodar sus mandamientos a la doctrina estatutaria italiana, siguiéndose ésta por todos sus pasos, con todos sus defectos y sin el mérito esencial que consistió, como hemos visto, en el apoyo legal que el derecho del Imperio Germánico tuvo en el derecho romano.

Olvidada y desnaturalizada la ley en el aras de la doctrina estatutaria siguen los tratadistas y los jueces españoles, la doctrina estatutaria y hasta principios del siglo xix (1805), cuando se forma la *Novísima Recopilación*, no encontramos ninguna variante en el sistema, pero sí en cuatro siglos se arraiga en el espíritu de todos los juristas de España la doctrina estatutaria, que después sufre modificaciones y se trasplanta primero a las colonias españolas y después de manera natural a las naciones hispano-americanas.

59) *Manifestaciones doctrinales en España; autores que influyen en el pensamiento español sobre la materia*

En la formación del proyecto español para Código civil de 1821, apartándose del Código de Napoleón, le siguen sin embargo fielmente en

¹³⁷ Glosa número 4 a la frase: E esso mismo dezimos de los que fueren de otro señorio que ficiessen en el pleyto, postura o yerro...

¹³⁸ M. S. Macedo, *Apuntes*, cit., p. 22.

¹³⁹ Así en el comentario 1 a la ley 15, tít. xv, part. 3ª a la frase: E si por ventura se alegase ley o fuero de otra tierra”, citando a Baldo y a Paul de Castro se refiere a la indudable superioridad de las leyes imperiales.

cuanto a aplicación de leyes extrañas, pudiendo darnos cuenta de las ideas reinantes en la expresión de los autores del proyecto que es como sigue:

En cuanto a la división de las leyes, la primera que se presenta es la de Código interior y Código exterior. Por poco que se reflexione, es fácil comprender que el hombre que vive en una sociedad determinada tiene dos grandes puntos de contacto: con los individuos que la componen; con los individuos de otras sociedades que están o pueden estar en relación con la sociedad de que él forma parte. Desde el punto de vista de la Comisión del Código civil la elaboración del Código exterior no corresponde a la Comisión del Código civil. Su parte no escrita resulta de los usos y costumbres de las naciones civilizadas y, de acuerdo con estas últimas, basta establecer el principio general de reciprocidad en el cual se clasifican todos los derechos y todas las obligaciones.

“No obstante esto”, observa Trías,¹⁴⁰ “por la fuerza de las cosas, los autores se creen obligados a agregar al Código un sistema”, contenido en el capítulo IV: De la observación de las leyes, título preliminar: “De las Leyes”, cuyo texto es como sigue:

Artículo 25. Las leyes relativas a las obligaciones de los españoles en cuanto a su estado político, civil y religioso, obligan al español, aunque resida en país extranjero, a menos que la ley prescriba expresamente lo contrario.

Artículo 26. Las leyes que reglamentan los contratos y la adquisición, la conservación, el beneficio y la transmisión de la propiedad territorial obligan a los extranjeros. Artículo 27. Son nulos los actos en los cuales, por renunciaciones o convenios, se intenta violar las leyes que se relacionan al orden público, las que interesan a las buenas costumbres y las que protegen a los individuos en razón de su edad, su sexo, u otra consideración general que reclame la protección de la ley.

Este proyecto no llegó a ser ley, pero sirve, junto con el Código de Napoleón, para la formación del proyecto de García Goyena de 1851 y al mismo tiempo nos muestra, con una precisión histórica digna de tenerse en consideración, la corriente de ideas que dominaba en España al momento en que México se separaba de la Madre Patria para principiar su vida autónoma.

En el proyecto de García Goyena, cuyo influjo en nuestra legislación es de sobra conocido, se contienen las disposiciones siguientes: a) *Estatuto personal*. Las leyes relativas al estado y la capacidad de las personas obligan a los españoles, aun cuando residan en el extranjero (artículo 7º). Los derechos y obligaciones relativos a los muebles serán regidos por las leyes del país en que el propietario esté domiciliado (artículo 9º). b) *Estatuto real*. Los inmuebles, aun cuando sean poseídos por extranjeros,

¹⁴⁰ Estudio citado, *Recueil des Cours*, p. 135.

están regidos por las leyes españolas (artículo 8º). c) *Estatuto formal*. La forma y las solemnidades de los contratos, testamentos y de todo instrumento público estarán regidos por la ley del país donde se hayan otorgado (artículo 10º).

Vemos así que en la formación del pensamiento español en esta materia, hasta mediados del siglo XIX, se revela de manera casi exclusiva la influencia de la escuela estatutaria, aun cuando hay que hacer notar que encontramos tanto en el proyecto de 1821 como en el Real decreto de 17 de octubre de 1851 sobre los actos públicos notariales en país extranjero, la idea de reciprocidad como fundamental, arrancada seguramente de las escuelas holandesa y anglosajona y viniendo a ser una modalidad que heredará el derecho hispanoamericano.

60) *Legislación colonial. Tendencias primitivas hacia el personalismo*

No nos basta, sin embargo para darnos cuenta de la formación histórica de la idea mexicana sobre aplicación de leyes extrañas conocer la evolución del pensamiento continental español, sino que es preciso ver igualmente la legislación colonial española observando sus características fundamentales y sus tendencias, para valorizar debidamente sus consecuencias en la legislación de México y ver después, con estos antecedentes, la legislación actual.

Encontramos íntimamente ligado a los problemas apasionantes relacionados con la justificación de la penetración de España en Indias un problema fundamental íntimamente ligado con el problema en que nos ocupamos: ¿Puede el Estado Español imponer su ley a los indígenas de las tierras descubiertas?, o por el contrario ¿deben respetarse las leyes de los indígenas? Problema que tiene esta consecuencia inmediata: ¿El gobierno español de Indias aplica la ley española o la ley indígena en los problemas que se presenten en los países conquistados?

Sobre el problema fundamental del que secundariamente deriva éste se abre en Europa vivísima discusión durante la primera mitad del siglo XVI y la forma adoptada para resolverlo, lejos de ser uniforme, presenta toda una serie de variantes y de contradicciones, defendidas por los más ilustres juristas de la época.¹⁴¹

La mayor parte de las soluciones principalmente aceptadas parten de la base de la "cristianización" de los indígenas y consecuentemente tienden a justificar la aplicación de las leyes de la Metrópoli a los indíge-

¹⁴¹ Ver sobre este punto principalmente Silvio A. Zavala, *Las instituciones jurídicas en la Conquista de América*, Madrid, 1935, parte 1; y Solórzano Pereyra, *Política Indiana*, vol. I.

nas de los países descubiertos, pero naturalmente no pueden tener justificación aquellas leyes que en nada afectan a las buenas costumbres, o más bien, debiera decirse, a la moral cristiana y así encontramos servir de base al sistema de aplicación de las leyes dictadas por los soberanos de Castilla en su conflicto con las leyes o costumbres indígenas, la ley de Carlos V (*Recopilación de Indias*, libro II, título 4), en la que ordena que se respeten y conserven las buenas leyes y costumbres de los indios.

Dichas leyes y costumbres locales, por su imperfección y por su total discrepancia con las instituciones jurídicas castellanas, fueron seguramente de difícilísima aplicación y esto fue, sin duda, una de las causas que impidieron su aplicación y conservación, siendo las otras la mayor perfección de las leyes castellanas, el interés de todos los elementos colonizadores de incorporar del modo más completo al indígena a la civilización europea; pero algunas de sus leyes, aunque imperfectas y posiblemente de difícil comprensión entre los españoles, fueron aplicadas por las audiencias del Virreinato.

Las Leyes de Indias, juntamente con la legislación metropolitana española, formaron prácticamente el derecho positivo de Nueva España y formando la cultura jurídica de la civilización especial "indoespañola" de que nos hablan Roberto Levillier y Vasconcelos, pero en la parte del derecho que estudiamos, no es a la legislación de Indias a donde hemos de recurrir, puesto que trata exclusivamente de problemas locales de aplicación material de la ley, no conteniendo otra norma de conflicto que la que limita su esfera de aplicación.

61) *Jurisprudencia colonial; leyes aplicadas. El derecho en la época de la Independencia*

En cuanto a aplicación de leyes extrañas, las audiencias coloniales deben haberse guiado necesariamente por las leyes españolas a que hemos hecho referencia anteriormente,¹⁴² y viviendo las colonias y España sobre la base de la unidad jurídica y legislativa, las principales leyes vigentes en Nueva España fueron "la *Novísima Recopilación*, así como las *Partidas*, que habían adquirido una autoridad muy superior a la que les daba la ley escrita y en la práctica esos códigos eran los que se aplicaban para decidir la generalidad de los casos, sin recurrir a otros cuerpos de leyes. . .",¹⁴³ si no era a las leyes peculiares de la Colonia.

Como hemos dicho anteriormente, el sistema de las *Partidas*, corrompido en la interpretación de tendencia estatutaria, se conserva en la

¹⁴² Hasta ahora nada he encontrado en la jurisprudencia de la audiencia relativo a conflicto de leyes.

¹⁴³ Miguel S. Macedo, apuntes citados, p. 198.

Novísima Recopilación, de tal manera que podemos afirmar que la doctrina reinante en Nueva España coincidía totalmente con la de la metrópoli en lo que hace a conflictos de leyes, siendo, por tanto, la doctrina española sobre la materia la que debe servirnos como antecedente histórico de nuestro derecho internacional privado hasta la fecha de nuestra independencia.

62) *Legislación de México Independiente. Subsistencia de la legislación Española en la materia*

Consumada la independencia de México, en los tratados llamados “de Córdoba”, de 24 de agosto de 1821, se estableció que la Junta Provisional Gubernativa continuaría aplicando *las leyes vigentes* (artículos 6 a 10 y 12 del tratado), en todo aquello que no se opusiera al Plan de Iguala, con lo cual se dio supervivencia en el nuevo Estado a todo el ordenamiento jurídico español, no obstante haberse declarado insubsistente el tratado de Córdoba al ser reprobado por las Cortes españolas.

Esta supervivencia de la legislación española la encontramos consagrada igualmente en las aclaraciones al plan de Veracruz (aclaración a), en cuanto no se opongan a la verdadera libertad de la patria, siendo de notarse que desde 1821 hasta 1824 sólo se dictaron en México leyes con fines preponderantemente políticos y hacendarios. Después de 1824 se dictan leyes aisladas siguiendo el antiguo sistema y regulando casi exclusivamente cuestiones políticas, siendo manifestaciones de las tendencias antagónicas de los partidos contendientes. En 1833 Gómez Farías, en su discurso pronunciado al prestar juramento como vicepresidente de la República,¹⁴⁴ hace observar la necesidad de una legislación completa que substituya a la compuesta por las leyes coloniales y metropolitanas españolas y por las leyes centralistas y federalistas de México independiente. En septiembre 20 de 1838 una circular del señor presidente de la República declara expresamente:

que están vigentes todas aquellas leyes que no chocando abiertamente con el sistema que rige tampoco se encuentran derogadas expresamente por alguna disposición posterior...; y así es que los diversos negocios de su resorte con presencia de los decretos de las Cortes de España, de las Leyes de Partida y Recopilación...¹⁴⁵

En 26 de diciembre de 1843 se reformaron disposiciones de las Ordenanzas de Bilbao en lo que hace a libros de comercio.

¹⁴⁴ *Informes y Manifiestos de los Poderes Ejecutivo y Legislativo de 1821 a 1904*, tomo I, p. 159.

¹⁴⁵ Dublán y Lozano, *Legislación Mexicana*, tomo III, p. 553.

Así en materia de aplicación de leyes extrañas, el sistema de la antigua legislación española continúa en vigor entre nosotros hasta el año de 1870 en que se promulga el Código civil.

Antes de esa fecha se encuentran multitud de leyes sobre colonización, naturalización, adquisición de bienes por extranjeros, y privilegios y exenciones legales aplicables a los extranjeros,¹⁴⁶ pero en ninguna de esas leyes podemos encontrar variación al sistema español antiguo en cuanto a aplicación de leyes extrañas.

Encontramos sólo una disposición aislada en la ley de 30 de enero de 1854, en la que, además de las disposiciones de los artículos 13 y 20 que señalan la competencia de los jueces mexicanos sobre individuos extranjeros, existe el artículo 21, que dice:

Los contratos y demás actos públicos notariados en país extranjero, surtirán sus efectos ante los Tribunales de la República, siempre que a más de lo lícito de la materia de ellos, y de la aptitud y capacidad de los contrayentes para obligarse, según la ley del país en que aquéllos se celebren, tengan además los siguientes requisitos: 1º Que el contrato no esté prohibido ni aun en cuanto a sus formas adicionales por las leyes de la República; 2º Que en el otorgamiento se hayan observado también las fórmulas del país en que hubieren pasado; 3º Que cuando sobre ellos haya constituida hipoteca de bienes estables en la República, el registro de ley, propio del lugar donde se hallen las fincas, se haya hecho dentro de cuatro meses, respecto de contratos celebrados en los Estados de Europa, de seis en los de Asia y para América otros seis, excepto en los Estados Unidos y los de América Central, que será de tres meses; y 4º Que en el país del otorgamiento se preste igual fuerza y eficacia a los actos y contratos celebrados en territorio de la República.

Esta serie de reglas parecen haberse inspirado en el Real Decreto de 17 de octubre de 1851 del gobierno español, ya que el enunciado del artículo y las reglas que contiene son idénticas hasta en la forma de redacción a las que contiene el decreto español, excepto en materia de capacidad, ya que el Decreto sobre Extranjería de 1854 deja la fijación de la capacidad de los contrayentes a la ley del país en que el acto se celebre y el Real Decreto de 1851 establece que los contrayentes tendrán aptitud y capacidad legal para obligarse conforme a la ley de su país.¹⁴⁷

Es de importancia para nosotros notar la semejanza de esa disposición española con nuestra ley, ya que las reglas del Real Decreto inspiran nuestra legislación a través de la Ley Hipotecaria de 1869, de los Códigos de

¹⁴⁶ Leyes de 18 de agosto de 1824, de 12 de marzo de 1828, de 14 de abril de 1828, de 11 de marzo de 1842, de 8 de agosto de 1843.

¹⁴⁷ Ver el texto de este real decreto en el estudio citado de J. M. Trías de Bes, *Recueil des Cours*, 1930, 1, p. 637.

procedimientos españoles de 1855 y 1881 y del Código de comercio de 1885.

63) *Sistema del Código civil de 1870, concordancias e interpretación*

Por decreto de 8 de diciembre de 1870, el Congreso de la Unión aprueba el Código civil para el Distrito y Territorios formado por los licenciados Mariano Yáñez, José María Lafragua, Isidro Montiel y Rafael Dondé, derogando "toda la legislación antigua" y dicho Código, promulgado el 13 de diciembre de 1870, entra en vigor en 1º de marzo de 1871.

En dicho Código el sistema general de aplicación de leyes extranjeras se encuentra contenido en los artículos 13, 14, 15, 17, 18 y 19, además de algunas otras disposiciones aisladas como las de los artículos 188, 2038 y otras, pero debemos considerar de primordial importancia sólo las disposiciones contenidas en los artículos primeramente citados.

En ellas encontramos una marcada influencia del proyecto de Código Español formado por García Goyena, aun cuando con algunas modificaciones tomadas unas del Código Portugués de 1867 y otras que fueron principios aceptados en la época, como veremos.

El Código de 1870 es una consagración de los principios de la escuela estatutaria francesa del siglo XVIII, variados con la substitución de la ley nacional en vez de la ley del domicilio, siguiendo así la corriente legislativa de la época, iniciada en el Código de Napoleón.

Supera, sin embargo, considerablemente al Código civil francés, conteniendo disposiciones más concisas, y debe considerarse, por todos conceptos, adecuado al estado doctrinal de la época.

Al consagrar la extraterritorialidad de la ley mexicana en cuanto a estado y capacidad, en su artículo 13 copia en su primera parte el artículo 7º del proyecto de García Goyena incurriendo, como sucede en el Código francés, en el absurdo de pretender dictar leyes al mundo, pero vuelve en cambio a la más tangible realidad al complementar su disposición con una frase tomada del artículo 24 del Código civil portugués, dejando redactada esa disposición como sigue: "Las leyes concernientes al Estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y de la California, aun cuando residan en el extranjero, *respecto a los actos que deban ejecutarse en todo o en parte en las mencionadas demarcaciones.*"

Sigue también la doctrina estatutaria, principalmente inspirada en Boucher, directa o indirectamente, al dar la posibilidad de que las "formalidades internas" (expresión netamente francesa) en los testamentos de mexicanos puedan regirse por ley que libremente elija el testador, cuando

se trata de bienes muebles, consagrando así tanto la idea expresada por los estatutarios de tendencia territorial en lo que hace a los inmuebles como la idea contraria, haciendo depender el régimen de muebles de la ley del domicilio, pero sin quitar al testador la posibilidad de atenerse a la ley que fuere más favorable a su intención; esta idea ecléctica la encontramos también reproducida en el *Ensayo de codificación* de don Manuel Azpiroz, en los artículos 531 y siguientes de su tratado.

Esta misma idea sobre la adopción de la ley más favorable la encontramos igualmente consagrada en el segundo párrafo del artículo 15, que al referirse a la forma externa de los contratos deja a los mexicanos la posibilidad de adoptar las formalidades prescritas por nuestra ley para aquellos actos que, celebrados en el extranjero, deban ejecutarse en el Distrito o en California.

En cuanto al régimen de inmuebles, el artículo 14 consagra el estatuto real de manera definitiva, reproduciendo textualmente el artículo 8º del Proyecto de García Goyena, estableciendo que "Respecto de los bienes inmuebles sitios en el Distrito Federal y en la California regirán las leyes mexicanas, aunque sean poseídos por extranjeros".

El estatuto formal encuentra también su consagración en el primer párrafo del artículo 15, copiado también del proyecto de García Goyena (artículo 10), aun cuando agrega la posibilidad de elección a que antes nos hemos referido.

En materia de obligaciones se sigue igualmente la tesis de la escuela estatutaria francesa, estableciendo como ley aplicable para regir obligaciones y testamento la ley nacional, pero agregando, como en el artículo 13, un elemento de realidad indispensable, al reducir la aplicación de su norma a aquellos contratos o testamentos que deban ejecutarse en el territorio de vigencia del Código.

Se agrega al sistema hasta aquí delineado el artículo 19, que establece la absurda necesidad de probar la existencia y aplicabilidad del derecho extranjero a quien lo invoque.

El Código de 1870 podemos considerarlo consagrando en México la doctrina estatutaria elaborada por la escuela francesa del siglo XVIII, pero debemos advertir que la corriente doctrinal de la época buscaba además, como en la tendencia española, la introducción del concepto de reciprocidad. En el Código de 70 la reciprocidad la encontramos consagrada exclusivamente en los artículos 1386, relativo a propiedad literaria, y en la fracción 4ª del artículo 3425, relativa a la capacidad para heredar, pero en el concepto de los autores de la época encontramos que a la reciprocidad internacional se le da un carácter general que no tiene en la ley escrita,¹⁴⁸ fundándose principalmente en las disposiciones citadas, en la

¹⁴⁸ Ver Manuel Azpiroz, *op. cit.*, artículos 254 y ss.

parte que hemos transcrito del decreto de 1854 sobre actos celebrados en el extranjero y en la condición de reciprocidad impuesta por las leyes procesales a las sentencias y resoluciones judiciales extranjeras.

No podemos considerar que el Código de 70 contenga un sistema ni siquiera medianamente bueno en cuanto a aplicación de leyes extrañas, ya que dejó sin regular precisamente las materias de mayor trascendencia. No se habla sobre la manera de apreciar el estado y capacidad de los extranjeros en los actos que se ejecuten por autoridades de México, no se regula la situación jurídica de los bienes muebles, no se habla de los contratos otorgados por extranjeros que hayan de tener ejecución en México y se acepta la necesaria prueba de la ley extraña invocada.

Podemos decir que los errores de la época se reproducen en nuestro código y que en algunas materias se colocaron sus autores en el mejor de los terrenos conocidos. Sin embargo, creemos que los conocimientos que del derecho internacional privado tenían los contemporáneos, no sólo extranjeros sino mexicanos, pudiera haberse hecho una obra muy superior. Vemos por ejemplo en la traducción de la obra de Bluntschli hecha por don José Díaz Covarrubias, publicada en México en 1871, que este abogado mexicano agrega a la traducción en el libro x las "Reglas generales de derecho internacional privado" que comprende, siguiendo el sistema de Bluntschli en cuarenta artículos guiados por una tendencia sabiamente internista y que en el Código de 70 hubieran significado un verdadero progreso, pues que tales disposiciones una vez redactadas en forma de ley pudieran tenerse como definitivas, aun a principios del siglo xx, en tanto que el sistema del código consagra el sistema estatutario precisamente en el momento en que se derrumbaba en el mundo a impulsos de las escuelas de Savigny, de Mancini y de Laurent.

El Código de 70 debe haber sido la consagración de lo que en México, en esa época era tenido como indudable en materia de derecho internacional privado y, tan es así, que años después que se forma una comisión de prestigiados juristas para modificarlo, no se pensó siquiera en tocar sus disposiciones sobre la materia y en el Código de 1884 se reproducen todas las disposiciones del Código de 1870, sin mirar que en los catorce años de diferencia había cambiado totalmente la apreciación doctrinal sobre la materia.

- 64) *Elaboración sobre el Código de 1870; su reproducción en el de 1884; tendencias marcadas en la jurisprudencia; desarrollo doctrinal por autores mexicanos*

Sobre el Código de 70, reproducido en la parte que estudiamos en el Código de 1884 se forma el derecho internacional privado mexicano, ya

que sus normas son aceptadas con insignificantes diferencias en las leyes de todos los Estados de la República.

En relación a sus disposiciones se hacen nuestros estudios y en su aplicación se forma nuestra jurisprudencia y aun cuando un cambio *substancial* se ha producido en la legislación actual, la mayor parte de sus disposiciones se conservan en las leyes vigentes.

Entre los estudios doctrinales hechos en relación al Código Civil de 1884 debemos hacer especial mención del que hizo el señor licenciado Agustín Verdugo en su obra *Principios de derecho civil mexicano*, con la cooperación del señor licenciado José Portillo, cuyo primer tomo fue editado en México en el año de 1885. En esta obra se dedica al estudio del derecho internacional privado, comentando el código de 84, la parte comprendida de la página 68 a la 130, y en este espacio se estudia la doctrina estatutaria, tomándose en consideración las ideas más avanzadas en la época, haciéndose referencia a las obras de Story, de García Goyena, de Voet, de Laurent, de Savigny y de Waechter, conteniéndose igualmente referencias a la jurisprudencia de la época que aportan contingente valioso para reconstruir el pensamiento jurídico de entonces en cuanto a los problemas que nos ocupan.

Otras obras, aun de carácter especial, se publican entre nosotros teniendo sin embargo un valor científico mucho menor. Por ejemplo la obra de don Francisco J. Zavala, *Elementos de derecho internacional privado*, tiene más bien un aspecto de revisión de opiniones que de estudio de nuestro derecho. Publicada por primera vez en 1887 y editada después en 1889 encontramos en ella un acopio mayor de opiniones y en ella parece marcarse el principio vicioso de juzgar los problemas nuestros de derecho internacional recurriendo a los autores, sin fijarse ni en su tendencia ni en la similitud de las disposiciones que contiene nuestra ley con las leyes comentadas por los autores. El señor Zavala, por ejemplo, sigue en la mayor parte de los casos la doctrina de Fiore, que tuvo gran influencia en nuestro medio, sin pensar en que este sabio maestro italiano comenta el código de su país formulado como expresión de la doctrina nacionalista de Mancini que no tiene relación ninguna con nuestro derecho.

Verdugo, por el contrario, parece buscar las doctrinas de quienes orientaron la formación de nuestra ley y estudia en Bouhier, en Boullensis, en D'Auguessean, en García Goyena, en Foelix y en Story, y nos da soluciones anticuadas, pero concordando con nuestro sistema legal.

Desgraciadamente nuestras autoridades no observan el problema en su aspecto propio sino que, descuidando los más esenciales principios en cuanto a validez del derecho, esfera de vigencia de la ley, posibilidad

de la aplicación de la ley no emanada del soberano, se guían exclusivamente por el resultado, buscando el que a su juicio les parece más acertado.

Encontramos estas erróneas ideas presidiendo la formación de nuestra jurisprudencia en una sentencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de fecha 27 de mayo de 1882, suscrita por los más conspicuos jurisconsultos de la época (Ignacio L. Vallarta, Ignacio M. Altamirano, Manuel Alas, Antonio Martínez de Castro y Miguel Blanco), en que se dice textualmente lo siguiente: "...esta Sala no puede acudir entonces a los *preceptos de derecho internacional privado*, que *sólo es permitido invocar* cuando las leyes de los Estados a que los jueces competidores pertenecen se encuentran en conflicto y *no es posible conciliarlas*." ¹⁴⁹

Así se concibe el derecho internacional privado como el remedio extremo para resolver la contradicción de dos leyes "irreconciliables" y se estima que sólo en este caso es posible recurrir a sus preceptos.

Esta concepción del derecho internacional privado justifica el que nuestra Corte interprete el Código de 1884 y aplique sus disposiciones, sin seguir las tesis de los estatutarios que lo orientaron, sino las ideas de Fiore, de Weiss, o de Pillet o de cualquier otro que a juicio de los magistrados contiene el "precepto" de derecho internacional más conciliador.

En 1899 se edita en México la parte general de la obra de don José Algara, titulada *Lecciones de derecho internacional privado*, obra en que el maestro de la Facultad de Jurisprudencia pone en relieve su gran conocimiento en la materia.

Su trabajo, apegado a las corrientes de su época, es en todo un reflejo de las ideas dominantes en el mundo sobre la materia.

Tiene el inconveniente de guiarse por el nombre de su cátedra para determinar el contenido teórico del problema, incurriendo en las confusiones frecuentes entre los problemas de nacionalidad y de condición de extranjeros y el de aplicación de leyes extrañas, confusión que tiene ruidosas consecuencias cuando el autor trata de estudiar con cuidado especial las disposiciones sobre conflictos internos y en particular sobre competencia constitucional en cuanto a aplicación de las leyes extrañas.

Esta confusión, que todavía hoy encontramos en nuestras leyes y en nuestra jurisprudencia, no obstante el adelanto de la teoría contemporánea, así como la falta de la parte especial que no llegó a publicar el señor Algara, hacen que su obra no tenga entre nosotros todo el mérito que los conocimientos y la minuciosidad de su autor pudieran haberle dado.

La obra de Algara ha sido, además, poco conocida y poco estudiada; sus aciertos y aun sus mismos errores pudieran haber producido un considerable adelanto en nuestro derecho internacional privado, ya que, aun

¹⁴⁹ *Semanario Judicial*, 2ª época, tomo II, p. 792.

en aquellos casos en que apunta soluciones equivocadas, lo hace después de analizar con cuidado los problemas que se plantea. Tal cosa sucede, por ejemplo, en la cuestión relativa a la competencia de las leyes locales o federales para decidir sobre la aplicación de la ley extranjera, en que, aunque siguiendo la idea errónea asentada por Vallarta, plantea el problema y hace ver sus diferentes aspectos.¹⁵⁰

Otra obra, más conocida, es la del señor Pérez Verdía, publicada en Guadalajara en 1905, de la cual no creo necesario ocuparme, por no contener aportación alguna de especial interés para apreciar la evolución doctrinal de nuestro derecho.

Baste advertir que los trabajos de algún valor publicados entre nosotros, las obras extranjeras, algunas de ellas de capital importancia, nunca han sido vistas con el debido detenimiento ni por los legisladores ni por los jueces, quienes, en cuanto tienen frente a sí un problema de este tipo, siguen siempre la línea del menor esfuerzo, recurriendo a las soluciones concretas que para el caso propone algún autor cuya idea se amolda a la noción más o menos vaga que se tiene sobre la aplicación del principio de equidad, recurriéndose como hemos dicho a los más diversos autores, olvidando sus respectivas posiciones frente a la teoría general y menospreciando a nuestros más connotados tratadistas, que aun cuando pudieran ser estimados como menos preparados que los autores europeos se ocupan siempre de nuestra legislación y tratan de analizarla y de estudiarla con preparación especial y con un método cualquiera, pero siempre metódicamente.

Desorientada en esta forma nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia, al reformarse el código de 1884, vino a darse la manifestación más absoluta de incompreensión del derecho internacional privado al modificarse el artículo 12 del proyecto, "por evitar violaciones a nuestra soberanía", según se afirma, y en 1917 al modificar el artículo 117 de la antigua Constitución, creando el 121 de la actual, se plantean los más complicados problemas y se esboza una solución imposible para los conflictos de leyes entre los Estados, pero nada de esto puede llamarnos la atención si recorremos los estudios mexicanos producidos por los tratadistas o por la jurisprudencia sobre la materia.

No debe llamarnos, pues, la atención encontrar en nuestra legislación y en nuestra jurisprudencia resoluciones absurdas o contradictorias, sino que hemos de pensar en las causas que han llevado a los autores y a los tribunales a aceptarlas, para conocerlas y para procurar mejorarlas en lo posible o saber cuáles son los remedios que contra esta situación se hacen indispensables.

Teniendo en cuenta este rápido estudio sobre la formación histórica de

¹⁵⁰ Lección 1, núms. 28 a 29, pp. 21 a 25.

nuestro derecho nos proponemos desarrollar en futura ocasión las diversas índoles de problemas que en nuestro medio se presentan por la formación jurídica especial de nuestro derecho y analizar después los casos particulares de conflictos, donde tendremos que referirnos a antecedentes históricos en particular, que pasamos inadvertidos en esta monografía, en razón de la necesaria brevedad.