

La ley Suiza de Derecho Internacional Privado.

Notas y comentarios

Laura Trigueros Gaismati

Sumario: 1. Introducción. / 2. La codificación del derecho internacional privado. / 2.1. Codificación interna. / 2.2. Codificación internacional. / 2.3. La ley suiza de derecho internacional privado. / 3. Las características de la ley suiza. / 3.1. Autonomía de la regulación. / 3.2. Características técnicas. / 3.2.1. Métodos de solución. / 3.2.2. Calificaciones y reenvío. / 3.2.3. Excepciones a la aplicación del derecho. / 4. El derecho aplicable. / 4.1. Identificación del derecho aplicable. / 4.2. Su contenido. / 4.3. La elección del derecho aplicable. / 4.4. Los tratados internacionales. / 5. La materia procesal. / 5.1. La competencia directa. / 5.2. La elección de foro. / 5.3. Los conflictos de jurisdicciones. / 5.4. Cooperación procesal internacional. / 5.5. Ejecución de resoluciones extranjeras. / 6. El derecho transitorio. / 7. Principios informantes: seguridad jurídica y equidad. / 8. Los problemas del derecho mexicano.

Introducción

El análisis de la ley suiza como modelo de codificación interna de derecho internacional privado es un ejercicio teórico interesante y válido; se justifica en la medida en que representa uno de los esfuerzos más notables y mejor logrados de regulación de la materia. Su precisión y su sencillez son fruto de un trabajo de muchos años. El grupo de profesores al que se encomendó el proyecto se preocupó por hacer accesibles los tecnicismos legales de esta rama del derecho para facilitar su comprensión y, sobre todo, su aplicación.¹

Su estudio tiene por objeto conocer las soluciones que se dan a los problemas y llevar a cabo un ejercicio comparativo con el derecho mexicano; analizar las innovaciones que se introducen en la codificación y la metodología que se emplea. Resulta útil en la medida en que proporciona una perspectiva distinta del manejo de la codificación y proporciona un marco de referencia que pudiera sugerir nuevos enfoques o alertar sobre medidas que pudieran considerarse inadecuadas.

No debe tomarse como un intento de adaptar este instrumento legal a la realidad mexicana; aun cuando la metodología empleada se considerara propia para el medio nacional y la regulación adaptable y no demasiado sofisticada, existen dificultades prácticamente insalvables debido a que el marco jurídico general en el que opera el derecho internacional privado en México es totalmente diverso al de la Confederación Helvética.

A pesar de que ambos son estados federales, las características de su descentralización son muy distintas. En el sistema mexicano los estados miembros gozan de una autonomía legislativa muy amplia que, por otra parte, es la única que en realidad pueden ejercer. En Suiza se cuenta con una legislación común en la mayor parte de las materias, incluido el derecho internacional privado; la gran autonomía política de los cantones compensa con creces la carencia anterior.

Resultaría un esfuerzo demasiado oneroso, desde cualquier punto de vista, elaborar en México una codificación de esta naturaleza, dado que su aplicación quedaría constreñida únicamente al ámbito Distrito Federal y, en todo caso, a las materias de competencia federal. Si se tienen en cuenta, además, los problemas que implica la definición precisa de la distribución de competencias en algunas materias en el contexto constitucional actual, será evidente la imposibilidad de intentar una tarea de esa naturaleza.

1. La *Loi Fédérale sur le droit international privé* se aprobó por la Asamblea Federal de la Confederación Helvética el 18 de diciembre de 1987 y entró en vigor el 1.º de enero de 1989. El proyecto que se sometió a la Asamblea fue elaborado, por encargo expreso del Consejo Federal, por un grupo de profesores encabezados por Frank de VISCHER.

El análisis de la ley suiza como modelo de codificación interna de derecho internacional privado es un ejercicio teórico interesante y válido; se justifica en la medida en que representa uno de los esfuerzos más notables y mejor logrados de regulación de la materia.

El estudio del derecho internacional privado comparado es un instrumento indispensable para lograr el perfeccionamiento de la legislación actual. La naturaleza de esta materia, el carácter de su evolución y el desarrollo de algunas de sus áreas en el nivel internacional, han provocado que exista una similitud de conceptos en los diversos sistemas jurídicos que no se presenta en otras ramas del derecho. Las innovaciones en todos los rubros, metodológicas, formales y sustantivas, han tenido y tienen en la actualidad una influencia recíproca importante.

2. La codificación del derecho internacional privado

La controversia sobre la necesidad de codificar el derecho internacional privado y su conveniencia tienen una larga historia. Se ha presentado en los dos ámbitos naturales de desarrollo de la materia.

Se discute la necesidad de producir una codificación interna y las distintas posibilidades de hacerlo, desde su inclusión dentro de los códigos civiles, hasta la creación de leyes especiales sobre la materia. En el ámbito internacional, la disyuntiva se presenta entre la propuesta de las convenciones o tratados de carácter general, que permitan la uniformidad de esta rama del derecho o la de abordar temas y problemas específicos en distintos instrumentos para avanzar con más cautela pero con mayor seguridad.

La mayor dificultad se presenta por la falta de acuerdo respecto de la conveniencia de la codificación en sí, con objeto de lograr uniformidad y seguridad jurídica, o la necesidad de dejar que el derecho internacional privado se desarrolle de una manera más natural, siguiendo el ritmo propio de las necesidades del comercio y de las relaciones jurídicas en general, para no provocar su estancamiento y su rigidez.

La codificación interna

La elaboración conceptual del derecho internacional privado siempre ha estado vinculada con el derecho privado, en particular, con la metodología y

la técnica jurídica del derecho civil. Al iniciarse la etapa de codificación era natural que la materia quedara incluida dentro de este ámbito, y se insertara como parte de los códigos civiles. Esa era la tendencia general; tanto la doctrina internacionalista como la internista coincidían en esta apreciación.²

Sin embargo, la idea misma de la codificación y el instrumento formal que en todo caso debe contenerla, no han sido objeto de una aceptación unánime por la doctrina. El principal punto de desacuerdo es el relativo a la rigidez que la codificación supone, contra la ventaja de acelerar el proceso de unificación de conceptos y soluciones. El hecho de que el derecho internacional privado tenga un carácter preponderantemente judicial, la posibilidad de realizar una actividad creativa y dinámica, y la complejidad que implica la definición de sus problemas técnicos, son los argumentos que con más frecuencia se aducen en contra de ella.

Por su parte, quienes opinan a su favor señalan la necesidad de uniformar la regulación con objeto de lograr una mayor seguridad general y conservar las particularidades de cada sistema y al mismo tiempo lograr una coexistencia armónica de los distintos sistemas jurídicos. Insisten en que el proceso de codificación ha contribuido a la madurez en la construcción de la materia y al perfeccionamiento de su técnica.³

2. Ver W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado*, 5a. ed. De-Palma, Buenos Aires 1985, p. 19 y ss.; H. BATIFFOL y P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. I, 7a. ed. L.G.D.J., Paris 1981, p. 19- 24; Mariano AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. 1, t. II, Universidad de Madrid, 1979, p. 20 y ss; José Luis FERNÁNDEZ FLORES, *Derecho internacional privado*, E.D.R., Madrid 1980, p. 285 y ss.
3. Ver, en contra HOLLEAUX y DE NOVA, que ha considerado que el momento actual es poco apropiado para intentarla, dada la confusión doctrinal imperante respecto a la definición de los problemas y a la inestabilidad en las soluciones. *Cit.* por Mariano AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, vol. 1, t. 1, Universidad Complutense, 4a. ed., Madrid 1979, p. 481. A favor, O. ICHAN FREUND, "Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, p. 155 y ss; NADELMANN, "Impressionism and unification of law", *American Journal of Comparative Law*, 1976; José Luis FERNANDEZ FLORES, *op. cit.*, p. 258, núm. 58.

Por lo que respecta al instrumento que resulta más adecuado para llevarla a cabo, las opiniones se dividen entre su incorporación a los códigos civiles, procesales, etc., o la elaboración de una ley especialmente dedicada a ello. La realidad muestra una notable preferencia por la codificación civil y sólo algunos intentos de darle autonomía legislativa, casi siempre parcial.

Es indudable que el derecho internacional privado tiene un carácter peculiar. Esto queda demostrado por la dificultad que se encuentra cuando se trata de definirlo o de ubicarlo en las clasificaciones tradicionales de la teoría del derecho. Las diferencias en su metodología, la diversidad de sus fuentes y los problemas especiales que presenta, sobre todo en el área de las calificaciones y en lo relativo a la compatibilidad de contenido de las normas que provienen de distintos sistemas jurídicos, hace evidente la necesidad de dar a su regulación un tratamiento especial.

Tal como señala Aguilar Navarro ⁴...la dicotomía entre el derecho privado y el público posee contenido distinto cuando se trata de relaciones domésticas o cuando los actos se realizan en la escala internacional; en ésta se desenvuelven adoptando modalidades específicas, una mayor flexibilidad y una más amplia libertad."⁴ La duplicidad de sus fuentes provoca problemas de aplicación específicos que no permiten atenerse a las reglas del derecho interno o del internacional de manera excluyente o exclusiva. La versatilidad de sus métodos y de sus soluciones hace imposible colocarlo en una clasificación específica. Es necesario puntualizar las diferencias, advertir las modalidades.

No obstante lo anterior, la materia no logró una independencia, un lugar propio dentro de las legislaciones nacionales sino hasta 1896, año en que se presentaron los primeros indicios de su autonomía parcial en la ley introductoria del código civil alemán y, posteriormente, en 1913 con el proyecto austríaco de ley de derecho internacional privado, que no logró su promulgación, y con las leyes polacas sobre relaciones privadas internas e internacionales, promulgadas en 1926.⁵

La codificación internacional

En el ámbito internacional, la primera vez que se abordó el problema de codificación con objeto de lograr una convención integral de derecho internacional privado, fue en la reunión de juristas que preparó las conferencias de Montevideo de 1898- 1899.

La idea de elaborar una codificación internacional del derecho internacional privado fue propuesta por Mancini, siguiendo la tesis de Savigny. No tuvo buenos resultados en Europa pero los países latinoamericanos la recogieron y la pusieron en práctica.⁶

En Montevideo se elaboraron nueve instrumentos dedicados, cada uno de ellos, específicamente a una materia: derecho civil internacional, derecho comercial internacional, derecho penal internacional, derecho procesal, propiedad literaria y artística, marca de fábrica y comercio, patentes de invención, ejercicio de profesiones liberales y un protocolo sobre aplicación de leyes extranjeras.

El tratado de derecho civil en particular tuvo seis ratificaciones: las de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú, Uruguay y Colombia. Brasil y Chile se negaron a firmarla en virtud de que se había adoptado el criterio de regular la capacidad y los actos del estado civil por la ley del domicilio, y no el de nacionalidad, como sostenían éstos. Tal dificultad motivó que, en el año de 1924, el Instituto Americano de Derecho Internacional, por encomienda de la Unión Panamericana, se avocara a la redacción de un nuevo tratado de derecho privado, de carácter general, cuyo redactor fue Antonio Sánchez de Bustamante.

Este instrumento comprendió las diferentes áreas del derecho internacional privado y se apoyó fundamentalmente en las tesis de Mancini; dejó fuera la influencia de los autores americanos, como Story, Freitas y Bello. En él se hace constante referencia a la ley personal, pero la definición de su vinculación quedó reservada a cada estado.

En 1927 -ya en el seno del Congreso Panamericano- en La Habana, se presentó a la VI Conferencia Panamericana el llamado Código Bustamante que fue firmado como convención el 13 de febrero de 1928.⁷

4. Ver Mariano AGUILAR NAVARRO, *Derecho civil internacional*, Univ. Complutense, Madrid, 1979, p. 21.

5. M. AGUILAR NAVARRO, *Derecho internacional privado*, op. cit., p. 482-489 y 531 y ss.; H. BATIFFOL, *Codificación y unificación en el derecho internacional privado*, Granada, 1973.

6. Haroldo TEXEIRO VALLADAO, *Derecho internacional privado*, Ed. Trillas, México, 1987, p. 238; A. ALVAREZ, *La codificación del derecho internacional*, París, 1912.

7. *Sobre la evolución del derecho americano, en general ver H. TEXEIRO VALLADAO, op.cit., especialmente, pp. 245-248. La referencia a los tratados internacionales mencionada sólo toma en consideración los más significativos, desde el punto de vista que interesa en esta trabajo. No pretende ser una enumeración exhaustiva.*

Resultaría un esfuerzo demasiado oneroso, desde cualquier punto de vista, elaborar en México una codificación de esta naturaleza, dado que su aplicación quedaría constreñida únicamente al ámbito Distrito Federal y, en todo caso, a las materias de competencia federal

El Código Bustamante contiene una serie de disposiciones interesantes, como las que aparecen en sus primeros artículos, en el título preliminar, y que establecen una clasificación de las leyes en leyes de orden público interno, leyes de orden público internacional y leyes de orden privado, cuya calificación corresponde a cada estado. Está compuesto por cuatro libros dedicados al derecho civil internacional, al derecho mercantil internacional, al derecho penal internacional y al derecho procesal internacional. Regula cada una de las materias por medio de normas de vinculación, pero contiene también prohibiciones específicas y normas de carácter obligatorio, sobre todo en áreas como las relativas a la paternidad y filiación, la causa ilícita en materia contractual o las prohibiciones en materia de testamentos.⁸

Se trata de uno de los esfuerzos más notables en la historia de la codificación regional de la materia que ha ejercido una influencia muy importante en el desarrollo del derecho internacional privado en América Latina.⁹

Otros foros internacionales han abordado el problema de la codificación a través de convenciones sobre materias específicas. Esta ha sido la trayectoria de las Conferencias de La Haya que, a partir de 1893, han realizado un esfuerzo sistemático con resultados muy positivos, desde el punto de vista de

la calidad de los instrumentos y de la ratificación que han obtenido la mayoría de ellos.¹⁰

Lo mismo puede afirmarse de las comisiones formadas por la Organización de Naciones Unidas, como UNCITRAL, que funciona desde 1968, y del Instituto para la Unificación del Derecho Privado, cuyo éxito más reciente ha sido la preparación de un documento sobre los principios de la contratación internacional que se difundieron en 1994.

La ley federal suiza de derecho internacional privado

Con la promulgación de la ley federal suiza se renueva la tesis de la codificación del derecho internacional privado a través de instrumentos especiales. Se trata, como señala Simmeonydes, de un esfuerzo semejante al del Código Bustamante, a casi setenta años de distancia. Salvadas las diferencias que impone el que se trate, en el primer caso, de una codificación interna, y en el segundo de un tratado internacional, la tendencia a proporcionar una regulación específica a la materia y a buscar soluciones apropiadas a sus características especiales, cobra un nuevo impulso ante las circunstancias actuales.

En los últimos diez o doce años se ha observado en el mundo una tendencia a renovar las codificaciones nacionales en materia de derecho internacional privado. Por su número, fueron los países europeos lo que mayor actividad realizaron a estos efectos. Puede mencionarse la nueva ley introductoria al código civil alemán que constituye uno de los ejemplos más exitosos a este respecto.

El esfuerzo que se hizo en América Latina no puede desdeñarse. Perú agregó a su código civil un décimo libro dedicado exclusivamente al derecho internacional privado; en México, aunque existió un proyecto muy ambicioso de reformas, de carácter similar al peruano, se logró solamente realizar una modificación parcial, de carácter general en el código civil del Distrito Federal y otra, más completa, en materia procesal. Esta reforma ha significado un avance notable en el tratamiento de la materia; representa un primer paso hacia la adopción de instrumentos más eficaces de regulación que necesariamente tendrán que producirse.

8. Pueden citarse como ejemplos las contenidas en el capítulo V del título 1o., libro I que prohíbe la legitimación de los hijos "no simplemente naturales", por considerarla contraria al orden público; en el capítulo II, del título 3o., libro I, que prohíbe los testamentos ológrafos y los mancomunados.

9. Ver Juergen SAMTLEBEN, "La codificación del derecho internacional privado en América Latina", *Memoria del Primer Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UNAM, 1979

10. Entre las convenciones más relevantes pueden citarse las relativas a las obligaciones extracontractuales, el derecho sucesorio, la ley aplicable al contrato de compra-venta de bienes muebles, la relativa a la supresión del requisito de legalización y las de protección del menor que comprenden temas como el de la obligación alimentaria y el reconocimiento de las sentencias extranjeras en materia de adopción internacional.

3* Características de la ley suiza

La ley federal suiza de derecho internacional privado que entró en vigor el primero de enero de 1989, propone una concepción diferente en lo relativo a codificaciones internas de esta materia. Se trata de una ley especial en la que se pretende regular y dar solución, en un sólo cuerpo legal, a todos los aspectos de la problemática del derecho internacional privado. Una de las más importantes aportaciones que hace, es la de proporcionar una visión integral de la regulación aplicable a cada problema específico, tanto de sus aspectos sustantivos como de los adjetivos; aborda los problemas técnicos generales, así como los aspectos específicos de cada cuestión planteada.

Dividida en trece capítulos y éstos en secciones, contiene una serie de disposiciones generales en las que se incluyen las normas relativas a la jurisdicción y a la competencia, las reglas de aplicación del derecho suizo y del extranjero, las definiciones de los conceptos necesarios para su manejo y las normas relativas al reconocimiento y ejecución de resoluciones emitidas en el extranjero.

Regula, en forma particular, cada uno de los problemas especiales: personas, matrimonio, divorcio, filiación, reconocimiento, adopción, tutela, medidas de protección, sucesiones, derechos reales, propiedad intelectual, derecho de las obligaciones, contratos, sociedades, quiebras y arbitraje internacional. Maneja cada uno de ellos en capítulos y secciones por separado, lo que contribuye a facilitar su aplicación y su interpretación.

Adopta, en cada caso, soluciones de carácter integral, es decir, en cada supuesto considera las variables que pueden presentarse y prevé las consecuencias jurídicas que deben corresponderles; de esta manera evita lagunas que son frecuentes cuando se presenta una diferencia específica en las circunstancias, y proporciona una normatividad más adecuada.

Por ejemplo, respecto del cambio de nombre de las personas físicas, los artículos 38 y 39 prevén varias hipótesis: a) si el acto se realiza en Suiza y la persona tiene nacionalidad suiza y domicilio en ese país o si tiene la nacionalidad suiza y domicilio en el extranjero, se aplica el derecho suizo; b) si el acto es realizado en el extranjero se reconoce por el derecho suizo si el cambio es válido en el sistema jurídico del domicilio o de la nacionalidad de la persona.

La ley suiza propone un orden lógico en la regulación que no se observa en otras codificaciones: se

toma en consideración la manera en que los problemas se presentan en la práctica, y así, respecto de cada institución, primero se abordan los problemas relativos a la competencia, en segundo término se identifica el sistema jurídico de donde deben tomarse las normas sustantivas, nacionales o extranjeras que van a proporcionar las soluciones de fondo y, por último, se señalan las reglas procesales y las relacionadas con la eficacia del acto celebrado en el extranjero.¹¹

Se discute la necesidad de producir una codificación interna y las distintas posibilidades de hacerlo, desde su inclusión dentro de los códigos civiles, hasta la creación de leyes especiales sobre la materia.

La autonomía del derecho internacional privado cobra plena vigencia; se independiza la materia del derecho interno: civil, mercantil, procesal, etc.; se crea un derecho internacional privado completo, cuyo objeto son las instituciones jurídicas en su dimensión internacional, es decir, se regulan específicamente las relaciones jurídicas cuyos elementos están vinculados con diversos ordenamientos y que, por tanto, requieren de un tratamiento especial. En concordancia con lo anterior, se prevé, en algunos casos, la aplicación hermética o exclusiva de esta ley; se establece expresamente que las disposiciones del código civil suizo en materia de domicilio no se aplican a las relaciones jurídicas reguladas por ella, es decir a aquellas que presentan una dimensión internacional.¹²

11. Esto puede observarse en el capítulo segundo de la ley, sobre el derecho de las personas, artículos 32 a 37.

12. Artículo 20 párrafo 2.

3.1 Autonomía del derecho internacional privado

Cabe preguntarse en este punto si es posible y adecuado propiciar una autonomía absoluta del derecho internacional privado respecto de las áreas específicas del derecho interno. Parece que esta autonomía, deseable en la medida que permita adaptar la normatividad a las circunstancias especiales de la materia, no puede ser absoluta.

Resulta difícil pensar y, más aún, elaborar conceptos jurídicos diferentes a los creados para el derecho interno. La adopción, el matrimonio, las obligaciones contractuales, la responsabilidad civil, los títulos de crédito, etc., pueden requerir de normas diferentes para su operatividad en el contexto internacional, formalidades especiales o de una simplificación que no es compatible con su "dinámica" en el contexto interno, pueden necesitar un sistema de interpretación más amplio, pero es casi imposible construir una definición diferente, más amplia por ejemplo, de los conceptos jurídicos básicos. Aun si se admite que siguen encontrándose diferencias substanciales en los conceptos de algunos sistemas jurídicos, el contacto entre ellos provoca que la similitud sea cada vez mayor, si se reducen los elementos de su definición o de su conceptualización hasta llegar a sus límites, las diferencias tienden a subsistir.

"El derecho internacional privado está indisolublemente ligado a la materia a la que se aplica, al igual que el derecho de los conflictos en el tiempo. No son ramas del derecho público, por esa misma razón. Sus elementos en común derivan (*relevant*) de la teoría general del derecho, no de una rama determinada."¹³

En la ley suiza la autonomía parcial se hace evidente. En los casos en que al legislador le preocupó conservar una independencia conceptual, o al menos de definición, respecto del derecho civil, por ejemplo, especificó en las mismas normas las características de la institución y expresamente evitó la referencia al código civil.

3.2. Características técnicas y de metodología

Esta nueva codificación se integra básicamente por *normas de vinculación*. Pudiera hablarse de una revaloración del método indirecto de solución de los problemas de derecho internacional privado,

13. Henri BATIFFOL et Paul LAGARDE, *Droit international privé*, op.cit., p. 22, núm. 2.

probablemente en razón de la flexibilidad que proporciona.

A pesar de las críticas de que ha sido objeto, no sin razón, principalmente por los juristas de los sistemas de *common law*,¹⁴ el llamado método conflictual es utilizado en las más modernas codificaciones nacionales; asimismo, en las conferencias de La Haya continúan valiéndose de normas de vinculación en la elaboración de las convenciones de la región europea.

Las críticas y los cuestionamientos que se han hecho en torno de los defectos del método han tenido una respuesta adecuada en los estudios, proyectos y modificaciones legislativas de los últimos años que han tratado de corregir sus deficiencias. Es notable, en la ley que se comenta, la preocupación evidente por lograr este cometido a través de una aproximación a los criterios de justicia en el caso concreto.¹⁵

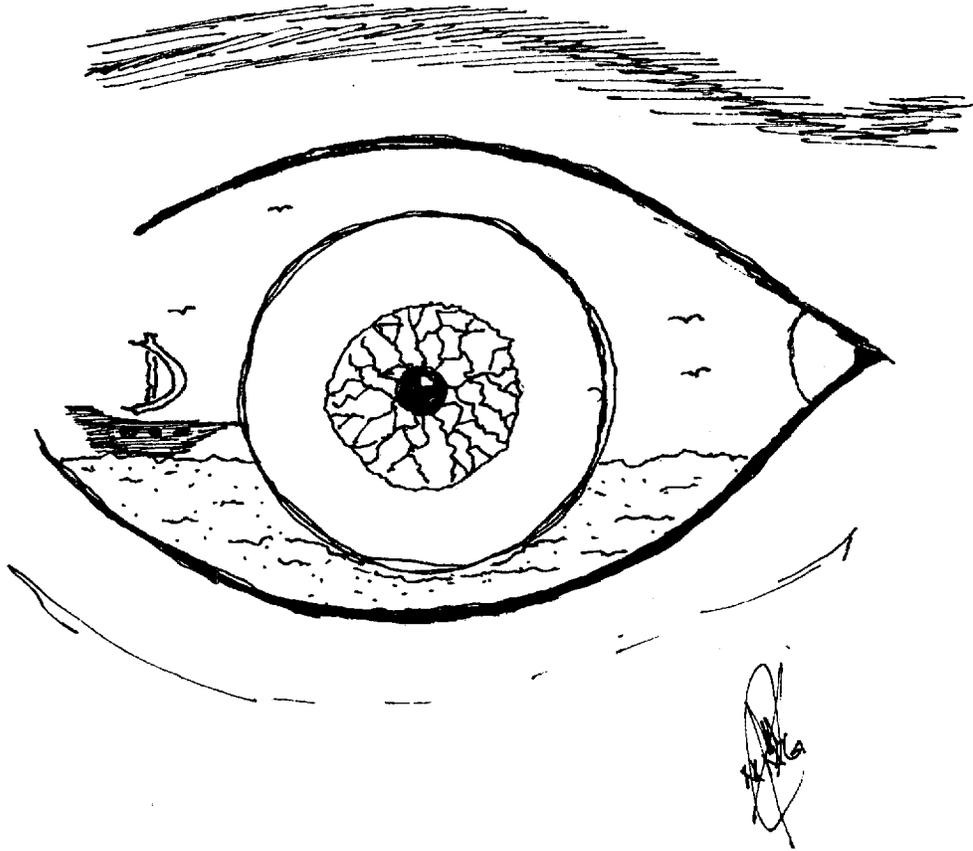
Predominan las normas con *puntos de contacto supletorios o alternativos*. Esta característica pudiera deberse a que el legislador pretendió alcanzar un doble objetivo: por una parte, evitar la ineficacia de la norma de vinculación en los casos en que no se encuentre o no exista el punto de conexión previsto por la norma y, por otra, dotarla de una flexibilidad que generalmente no le es propia. Este segundo resultado se obtiene a través de la posibilidad de elección que implícitamente se otorga al órgano de aplicación, entre los diversos puntos de contacto previstos por la norma, sobre todo cuando la ley maneja las conexiones como alternativas, sin señalar a una de ellas como preferente.

La solución es interesante. Se introduce cierta discrecionalidad controlada por el legislador que permite manejar la norma para obtener una remisión más adecuada sin necesidad de acudir a los conceptos de excepción que generalmente son difíciles de aplicar por ser demasiado amplios y traen como resultado la falta de certeza en los resultados de la aplicación de la norma.¹⁶

14. Las críticas se enfocan principalmente a la remisión "ciega" que deriva de este tipo de normas, al "salto al vacío" que conduce a la aplicación de soluciones que no siempre son las más adecuadas. El método contrasta con el del *common law* porque este último permite al órgano de aplicación una mayor discrecionalidad para resolver el caso concreto.

15. En este sentido efr. la reforma al código civil para el Distrito Federal cuyo artículo 14 contiene disposiciones que pretenden alcanzar una finalidad semejante.

16. Las normas del artículo 14 del código civil para el Distrito Federal se redactaron siguiendo el sistema de excepciones, lo que ha motivado serias críticas de la doctrina. Ver Patrick STAELENS, "Las reformas al código civil en materia de derecho internacional privado", en *Memoria del XIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UAM-Azcapotzalco, México, 1992.



Se advierte una marcada preferencia hacia *las normas unilaterales*-, se regulan, en primer término, las relaciones jurídicas que deben someterse al derecho del país, en razón del domicilio o la nacionalidad del sujeto o por la posibilidad de que puedan tener efectos o requieran de ser ejecutadas dentro de su territorio. Pero se prevé siempre su bilateralización expresa, no como posibilidad de que el tribunal la lleve a cabo sino como obligación que se impone por el solo hecho de no darse el supuesto previsto en primer lugar.¹⁷

Las normas de carácter material se utilizan solamente para definir algunos conceptos, como los de domicilio o residencia habitual, o bien para regular una materia específica que, por su naturaleza, requiere de un tratamiento especial, como es el caso de la nacionalidad.¹⁸

En cambio *las reglas de carácter técnico* son más abundantes. En el capítulo primero aparecen las más importantes, puesto que ahí se trata de definir la operatividad integral de la ley y la solución de los problemas de aplicación de las normas de vinculación; pero no están todas concentradas en él, como es común; algunas de ellas se insertan en la sección dedicada a la regulación específica de un tema, con objeto, aparentemente, de no dotarlas de una generalidad excesiva sino de restringir su campo de acción a casos particulares. Esta afirmación puede sustentarse en el análisis de los artículos 14, que se refiere al reenvío, del 43 y el 45, en relación con el fraude a la ley.

17. Ver artículo 37 de la ley.

18. Ver capítulo I, sección 4, artículos 20 a 24.

19. Artículo 14: "Cuando el derecho aplicable reenvíe al derecho suizo o a otro derecho extranjero, ese reenvío no se tomará en consideración más que en el caso de que así lo prevea la presente ley. "En materia de estado civil, se acepta el reenvío de la ley extranjera al derecho suizo."

En esas mismas disposiciones se hace evidente también el método empleado para lograr un texto legal más claro: los problemas técnicos se plantean y se resuelven describiendo las situaciones específicas en las que se presentan y estableciendo sus consecuencias. Se trata de evitar el uso de un lenguaje técnico que dificulte la comprensión de los preceptos; aún en los casos en que aparece la terminología propia del derecho internacional privado, ésta se acompaña de una explicación suficientemente explícita para evitar interpretaciones que deformen o alteren la intención del legislador. Así sucede en los casos en que se menciona la excepción del orden público.²⁰

No existe disposición expresa que regule el *conflicto de calificaciones*. Se sigue la tónica general de la ley de definir los términos de los que pueda derivarse este tipo de problemas, para evitarlos. Así lo hace el legislador en relación con el concepto de domicilio y la determinación de la nacionalidad.²¹

Por otra parte, y por lo que respecta a los puntos de conexión, el manejo de puntos alternativos, como domicilio-nacionalidad, proporciona elementos para superar el problema cuando se presenta en la fase de aplicación de la norma de vinculación.

El reenvío, regulado en el artículo 14, se acepta solamente en casos concretos, cuando lo prevé específicamente la ley. La disposición alude tanto al reenvío de primero como de segundo grado. Se admite en términos generales en materia de estado civil de las personas, pero solamente se permite el reenvío de primer grado.

No se hace referencia al problema de la cuestión previa. Esta aparente omisión puede explicarse por el carácter mismo del documento y la técnica que utiliza. La regulación de algunos temas es sumamente particularizada; se establecen normas diferentes para cada uno de los problemas que la relación jurídica comporta; parece que se trata de evitar la aparición del problema; si llegara a pre-

sentarse, la ley no proporciona elementos para su resolución.

Por lo que se refiere a *las excepciones a la aplicación del derecho extranjero*, sólo la relativa al *orden público* se maneja a través de una cláusula general: el artículo 17 señala que este caso se presenta cuando el resultado de la aplicación del derecho extranjero sea incompatible con el orden público suizo. El mismo criterio general se repite en el artículo 27 en relación con el reconocimiento de las resoluciones extranjeras: éste debe negarse cuando la sentencia sea manifiestamente incompatible con el orden público suizo.

Se evita la definición del concepto, en el entendido de que, por tratarse de un mecanismo de protección del propio sistema, debe respetarse un margen de discrecionalidad al órgano de aplicación para que éste decida si el derecho extranjero debe o no aplicarse en el caso concreto. Debe suponerse que la incompatibilidad con el orden público suizo se limita al campo de lo jurídico, que deben eliminarse las referencias a normas morales o de carácter social, pero esta delimitación de la aplicación de la excepción no se encuentra expresada en forma explícita en el texto legal.

Se introduce, sin embargo, un elemento que restringe de inicio la utilización del orden público para evitar la aplicación del derecho extranjero: la frase "...cuando el resultado de la aplicación del derecho extranjero..." indica que la situación no debe apreciarse desde la perspectiva general del contenido formal, literal de la norma extranjera, sino que debe tenerse en cuenta sus consecuencias, sus efectos, en relación con el sistema en el que dicha norma va a ser insertada. Aun cuando la restricción pudiera parecer mínima y de poca importancia, en la práctica limita la discrecionalidad de la autoridad, pues sólo permite su ejercicio en un campo concreto de apreciación.

En cambio la excepción de *fraude a la ley* no se aborda a través de una previsión general; se regula, pero no se define la figura. Se optó por describir, en cada caso, las condiciones o requisitos exigidos para que un acto celebrado en el extranjero, en circunstancias aparentemente "anormales", sea reconocido en Suiza. Así, el matrimonio de personas de nacionalidad suiza o domiciliadas en ese país, que haya sido contraído en el extranjero, sólo se reconoce si se prueba que no se celebró ahí con la intención manifiesta de eludir las causas de nulidad del derecho suizo, de conformidad con el artículo 45 de la ley.²²

Artículo 43: "... Los contrayentes extranjeros no domiciliados en Suiza pueden obtener autorización de la autoridad competente para celebrar su matrimonio en Suiza si este matrimonio es reconocido en el Estado de su domicilio o en el Estado de su nacionalidad..."
Artículo 45: "El matrimonio válidamente celebrado en el extranjero se reconoce en Suiza.

"Si cualquiera de los contrayentes es suizo o si tienen su domicilio en Suiza, el matrimonio celebrado en el extranjero se reconoce, a menos que ellos lo hayan celebrado en el extranjero con la intención manifiesta de eludir las causas de nulidad previstas por el derecho suizo."

20. Artículo 17: "No pueden aplicarse las disposiciones del derecho extranjero si dicha aplicación conduce a un resultado incompatible con el orden público suizo."

21. Artículos 20, 21, 22 y 23.

22. El mismo criterio se encuentra en los artículos 39,42,44 y 51.

Se alude a los requisitos generalmente reconocidos como constitutivos del fraude a la ley, se hace referencia específica a la existencia de normas de carácter obligatorio, a la modificación del punto de vinculación, al elemento de intencionalidad; no se considera la posibilidad de aplicarlo en el caso de que exista fraude a la ley extranjera.

La institución desconocida no aparece regulada como excepción. Se maneja, al igual que en el derecho mexicano, de manera que se haga valer lo menos posible; se trata de restar importancia a su carácter de excepción y de hacer hincapié en la necesidad de encontrar figuras análogas que permitan a las instituciones extranjeras producir sus efectos en el sistema jurídico propio. En materia de adopción, la disposición de la ley suiza señala: "La adopción o las instituciones similares del derecho extranjero que tengan efectos esencialmente diferentes del vínculo de filiación, en el sentido del derecho suizo, se reconocen sólo con los efectos que se les atribuyan en el estado donde se constituyeron"²³.

Es interesante observar que existe una referencia a la antigua excepción del *interés nacional*. El artículo 36 de la ley dispone que si una de las partes en un acto jurídico es incapaz, de acuerdo con el derecho del estado de su domicilio, no puede invocar esa incapacidad si el derecho del estado en el que el acto se realizó lo considera capaz; a menos que la otra parte conociera o debiera conocer tal incapacidad. Se mantiene la posibilidad de proteger a los sujetos de buena fe, pero esta protección se limita únicamente a esos casos.

Se prevé, desde luego, el supuesto de que resulte imposible la aplicación del derecho extranjero: cuando no se hubiera podido determinar su contenido ante el tribunal o cuando no existan en el sistema jurídico extranjero normas que prevean la hipótesis de que se trate, debe recurrirse al derecho del foro.

Debe también aplicarse el derecho suizo en el caso de que existan normas imperativas del propio sistema aplicables al supuesto en cuestión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18. Una innovación interesante en la ley se plantea cuando considera como excepción a la aplicación del derecho extranjero el hecho de que la vinculación del caso con dicho ordenamiento sea una vin

culación débil, en tanto que otro sistema jurídico se encuentre más estrechamente relacionado con él. Este supuesto deja de aplicarse solamente cuando el derecho en cuestión haya sido elegido por las partes para regular la relación controvertida.²⁴

4. El derecho aplicable

4.1. Identificación del derecho aplicable

El sistema que sigue la ley suiza a este respecto consiste en proponer un derecho aplicable, como regla general, para una materia y establecer conexiones específicas, distintas, para los diferentes aspectos de su regulación.

El punto de contacto que se utiliza con más frecuencia es el domicilio. Tanto en el área del derecho de las personas, capacidad, estado civil, protección de menores, como en materia contractual o en lo relacionado con los bienes muebles, el domicilio es la conexión principal. Se prevén como conexiones supletorias la residencia y, en algunos casos la nacionalidad, sobre todo cuando se trata del estatuto de la persona, como es el caso de la regulación sobre el nombre o sobre los requisitos del matrimonio o sus efectos patrimoniales.²⁵

Se otorga una importancia muy grande a la conexión por nacionalidad cuando se trata de los propios nacionales. En estos casos se aplica de manera preferente el derecho suizo y se otorga competencia a sus autoridades. Se regulan dos supuestos diferentes: el primero se refiere a los nacionales suizos con domicilio en su país, respecto de los que se aplica simplemente la regla anterior; el segundo considera el caso de los suizos domiciliados en el extranjero. Respecto de ellos se prevé la posibilidad de acudir a una ampliación de la competencia de los tribunales suizos a través del concepto del foro de origen, es decir, la competencia se finca a favor de los tribunales del cantón en el que la persona o sus ascendientes nacieron.²⁶

También se acude a esta noción en los casos en que existe la posibilidad de elección del foro o de la ley aplicable respecto de los actos que celebran los suizos domiciliados en el extranjero.²⁷

23. Ver artículo 78, 2o. párrafo.

1. Ver artículo 15 en el capítulo de disposiciones generales.
2. Artículos 37, 44, 47 y 52.
3. Ver artículos 47, 48, 67 y 76.
4. Este caso está previsto en materia de sucesiones en general y respecto de testamentos. Ver artículos 87 y 93.

Respecto de los extranjeros, se mantiene cierta preferencia por tal vinculación; en el ámbito de ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden optar por la aplicación de su derecho nacional y someterse, en algunos casos, a la jurisdicción de su propio estado.²⁸

Debe hacerse notar que en muchos casos los puntos de conexión que determinan el derecho aplicable son los mismos que se utilizan para designar al tribunal competente, por lo que, finalmente, el juez aplica su propio derecho. Podría pensarse en un exceso de territorialismo, en un control demasiado estrecho de las relaciones de derecho internacional privado por parte del legislador del foro; sin embargo, esta actitud pudiera deberse más bien a un intento por simplificar el manejo de los problemas que se presentan.

Esta conclusión deriva del tratamiento que se da a las relaciones jurídicas que versan sobre bienes muebles: el punto de conexión varía según las circunstancias: cuando el demandado está domiciliado en Suiza, se aplica su sistema jurídico; si tiene su domicilio o residencia en el extranjero, se aplica el derecho de la ubicación de la cosa. En relación con los efectos del matrimonio, la competencia del tribunal se finca en razón del domicilio o la residencia, pero el derecho aplicable se sujeta a la elección de las partes, entre el del

domicilio actual o futuro de los cónyuges o la ley de la nacionalidad.

Aun cuando puede aceptarse que el recurrir a este sistema de identidad entre tribunal competente y designación del derecho aplicable pueda ser consecuencia de un deseo de facilitar la solución de los problemas del derecho internacional privado, la realidad muestra una preferencia a la aplicación del derecho suizo que deriva de la situación antes expuesta y de la posibilidad de elección de ese sistema jurídico, cuando una de las partes de la relación tenga su nacionalidad. Debe reconocerse, sin embargo, que la remisión al derecho de la nacionalidad por elección de las partes no es un privilegio

que se otorga a los suizos, sino que comprende a cualquier sujeto extranjero.²⁹

En los casos en que se trate de un sujeto domiciliado en el extranjero, el derecho aplicable se determina por las normas de vinculación del sistema jurídico del domicilio o residencia habitual.

Cuando la complejidad de la materia lo requiere se acude al procedimiento de establecer una norma general de vinculación y reglas específicas para los problemas particulares. Un ejemplo de esta técnica puede encontrarse en materia de matrimonio. Los artículos 44 a 49 de la ley señalan que es aplicable el derecho del lugar de celebración para regular los

requisitos del matrimonio; la ley del domicilio para regular sus efectos; se aplica a los bienes la ley elegida por las partes entre la del domicilio actual o futuro y la de su nacionalidad; a la obligación alimentaria se aplican las disposiciones de la convención de La Haya sobre la materia.

Es interesante observar que los problemas de movilidad de los puntos de vinculación se resuelven en las propias normas, determinando el momento que debe tomarse en consideración para efectuar la remisión. Un ejemplo significativo es el relativo a los derechos reales sobre bienes muebles, a la regulación de los bienes en tránsito o en el régimen de bienes en el matrimonio.³⁰

4.2. Contenido del derecho aplicable

Una vez identificado el sistema jurídico al que remite la norma de vinculación, debe determinarse cuáles de sus normas se consideran aplicables al caso.

La ley suiza prevé la posibilidad de aplicar, en principio, "...todas las disposiciones que, de acuerdo con ese derecho, sean aplicables a la causa."³¹ Se incluyen expresamente aquellas que tengan carácter de *derecho público*, pertenezcan o no al sistema jurídico suizo.

Con la promulgación de la ley federal suiza se renueva la tesis de la codificación del derecho internacional privado a través de instrumentos

5. Ver *supra* notas 26 y 27.

6. Sobre la aplicación general del derecho de la nacionalidad, ver aa. 37 y 39; sobre la posibilidad de que las partes elijan someterse al derecho de la nacionalidad ver aa. 44 y 52.

7. Artículos 100-1 y 55.

8. Artículo 13.

Respecto de las *normas imperativas* se establece la necesidad de respetar las contenidas en el derecho suizo, lógicamente de manera preferente, pero se admite la aplicación de las que pertenezcan al sistema extranjero designado como aplicable. Se acepta igualmente la posibilidad de tomar en consideración las normas imperativas de un tercer derecho, es decir de un sistema jurídico distinto del señalado por la norma de vinculación, cuando la relación jurídica presente una conexión estrecha con ese derecho, siempre que responda a intereses legítimos, de importancia para el derecho suizo.³²

Se excluye, también en forma explícita, la posibilidad de aplicar las normas de vinculación extranjeras, salvo en los casos previstos por la propia ley.

4.3. La elección del derecho aplicable

La autonomía de las partes para elegir el derecho aplicable a los actos que celebran es muy amplia. Comprende la posibilidad general de optar por el derecho de su nacionalidad cuando ésta funciona como punto de conexión alternativo y cuando lo prevé así la ley, como en el caso del régimen de bienes para el matrimonio, la regulación de las sucesiones y de los testamentos, pero en estos casos las posibilidades de elección son limitadas; generalmente se refieren a la aplicación del derecho de la nacionalidad o al del domicilio del o de los sujetos.³³

Desde luego, la capacidad de las partes para someter sus relaciones jurídicas al sistema jurídico de su preferencia es mucho más amplia en materia de obligaciones patrimoniales y en materia contractual. En este último caso la ley sigue los lincaamientos de la convención de Roma sobre el derecho aplicable a los contratos, pero cuando se trata de contratos de compraventa de bienes muebles, se sujetan directamente a la normativa de la convención de La Haya sobre la materia.

Admite la elección expresa o tácita y su modificación incluso en los contratos relativos a bienes inmuebles, y los que se celebren sobre la propiedad intelectual; pero se limita su alcance respecto de los contratos de trabajo y se prohíbe en materia de contratos de consumo.³⁴

La autonomía del derecho internacional privado cobra plena vigencia; se independiza la materia del derecho interno: civil, mercantil, procesal etc.; se crea un derecho internacional privado completo, cuyo objeto son las instituciones jurídicas en su dimensión internacional...

Se consagra la teoría de la prestación característica para resolver los problemas relativos a la falta de elección o de determinación del derecho aplicable por las partes. Se parte de la necesidad de encontrar, para estos casos, el derecho que tenga los lazos más estrechos con el contrato, y se reputa que éstos existen en el lugar de la residencia habitual de la parte que deba cumplir la "prestación característica del contrato", es decir, aquella que constituya el elemento que permite individualizar el contrato y diferenciarlo de otros.

Se entiende por prestación característica la del vendedor, la de la parte que concede el uso de la cosa o del derecho, la prestación del servicio en un contrato de obra o de prestación de servicios, la del depositario, la del garante, etcétera.³⁵

Desde un punto de vista teórico puede hablarse de prestación característica como una forma de identificar una relación contractual específica describiendo concretamente en qué consiste el dar, el hacer o el no hacer en cada caso. En la práctica, esta descripción puede ser útil para definir el compromiso contraído, pero de ahí no puede inferirse un juicio de valor sobre la importancia de las prestaciones ni sobre el derecho al que deben someterse. No hay relación lógica entre una y otra operación. Esta tesis desvirtúa el concepto de acuerdo de voluntades, consubstancial al contrato, e introduce un elemento de desequilibrio en la relación contractual. Concede una ventaja desproporcionada a una de las partes con base en una apreciación poco ade-

9. Artículos 18 y 19.

10. Artículos 90-2 y 91-2 que prevén la posibilidad de que los extranjeros elijan el derecho de su nacionalidad para regular la sucesión, el pacto sucesorio o el testamento. Ver supra notas 27 y 29.

11. Ver artículos 119, 122, 121 y 120, respectivamente.

12. Artículo 117.

cuada de la importancia de las prestaciones en una relación bilateral. En ella las obligaciones y derechos de los contratantes se entienden compensados. La regla general es que las partes negocien y acuerden los términos de su compromiso de manera que sea favorable para ambas. Si la obligación de una de ellas implica un grado de dificultad o un costo determinado, la de la otra debe corresponder exactamente; si no fuera así podría pensarse en la existencia de algún vicio en la relación. No puede pensarse que es más onerosa la entrega de la cosa, la prestación del servicio, la construcción de la obra, que el pago el precio pactado por ello.

Por otra parte, es absurdo derivar de la identificación de una de las prestaciones del contrato una relación con un sistema jurídico determinado. La vinculación con éste deriva de elementos objetivos y subjetivos del convenio; el análisis de la operación puede y debe conducir a identificar esos lazos; en última instancia el órgano de aplicación del derecho, juez o árbitro, deben avocarse a realizar este análisis tomando en cuenta todos los elementos a su alcance y decidir de conformidad con su criterio.

Un argumento adicional para rechazar esta tesis es el que se deriva del análisis de relaciones contractuales entre sujetos con diferente potencial económico, tecnológico, político, etc. La teoría de la prestación característica, generalmente conduce a la aplicación del derecho de la parte más fuerte en el contrato, porque es ésta la que vende la mercancía, presta el servicio, construye la obra, recibe la garantía. La parte débil paga el precio convenido. Se produce así una situación de discriminación hacia la parte débil y se otorga una ventaja adicional a la parte fuerte, la que además de tener de hecho un mayor potencial, recibe el beneficio de acogerse a su propio derecho para interpretar y valorar el contrato celebrado.

Por más difícil que resulte la misión encomendada al juez, es necesario que éste la cumpla tomando en consideración todos los elementos posibles para resolver en forma adecuada y equitativa el problema.³⁶

4.4. Los tratados internacionales

Un análisis de la ley desde la perspectiva del derecho convencional demuestra la voluntad de integración de las autoridades suizas a su entorno europeo. A pesar de que este país se ha mantenido durante mucho tiempo reacio a la participación en foros y organismos internacionales con objeto de mantener su estatuto de neutralidad, ha intervenido como parte, al suscribir y adherirse a convenciones internacionales de derecho internacional privado.

La incorporación de los tratados internacionales al derecho interno se realiza a través de dos fórmulas: una general, que prevé la aplicabilidad de los tratados, sin perjuicio de lo que al respecto disponga la propia ley, fórmula que aparece en el artículo...; y otra específica que remite, en cada caso, a la convención que regula la materia, incorporándola al texto legislativo a través de una referencia directa a su aplicación:

Este último sistema se ha criticado por la posibilidad de que se produzca una *vacatio legis* en el caso de que el tratado fuera denunciado. Aun cuando este supuesto parece poco probable, el problema puede presentarse y requeriría de una reforma por adición al texto legal. Su importancia se acrecenta si se toma en consideración que los tratados incorporados de esta manera contienen definiciones de categorías jurídicas que necesariamente deben ser substituidos, como es el caso de los conceptos de apátrida y de refugiado.

En todo caso parece más adecuada la solución por la que se optó en las reformas a los códigos civil y de procedimientos civiles, federal y del Distrito Federal en México, que consistió en incorporar directamente el texto de los tratados a los ordenamientos legislativos. Aun cuando la posibilidad de denuncia de las convenciones no puede descartarse, la reforma de los textos no sería tan urgente en este caso, aunque de todos modos resulte necesaria. En el artículo 83 de la ley se encuentra una solución interesante en lo relativo a la aplicación de tratados internacionales: su aplicación por analogía. La disposición establece que la convención de La Haya del 2 de octubre de 1973, sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria entre padres e hijos, debe aplicarse también, en los mismos términos, a la obligación alimentaria para con la madre y la relativa al reembolso de los gastos ocasionados por el nacimiento del hijo, aun cuando éstos no estén contemplados en la propia convención.

36. Sobre este tema puede consultarse Fernando VÁZQUEZ PANDO, "Un aspecto de la convención interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", *Memorial del XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Univ. de las Américas, Cholula, en prensa; Friedrich JUENGER, "El derecho aplicable a los contratos internacionales", *Jurídica*, núm. 23, México 1994, p. 50; Laura TRIGUEROS G., "La convención interamericana sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales", *Alegatos*, núm. 28, septiembre-diciembre 1994, México, p. 383 y ss.

Parece que esta autonomía, deseable en la medida que permita adaptar la normatividad a las circunstancias especiales de la materia, no puede ser absoluta.

5. La materia procesal

La regulación en materia de competencia directa e indirecta y del derecho procesal internacional en general, atañe tanto a las autoridades judiciales como a las administrativas, en la medida en que unas u otras pudieran resultar competentes en razón de la materia sobre la que verse el problema. Las reglas que se establecen son comunes para ambas instancias.

5.1. Competencia directa

Por lo que toca a la competencia directa, es notable la preferencia que se establece respecto de las autoridades suizas, obviamente por la aplicación de los principios de autonomía y unilateralidad que rigen la materia,³⁷ pero principalmente porque el legislador utiliza puntos de contacto alternativos que permiten asegurar la competencia de sus propios órganos de aplicación. Se prevé el sometimiento de las controversias a las autoridades suizas cuando el actor o el demandado tengan su domicilio en Suiza, o cuando tengan esa nacionalidad. Los criterios de nacionalidad y domicilio o residencia se utilizan como criterios generales para determinar la competencia de los tribunales suizos. No se hace distinción respecto del carácter que tenga el nacional o domiciliado en el juicio; se considera a la autoridad suiza competente, tanto si el sujeto es el demandado como si es el actor.³⁸

Es también posible someter un asunto a su conocimiento, cuando el derecho suizo resulte aplicable para resolver el fondo. Cualquier dificultad, cualquier problema o cualquier duda, se resuelven a favor de la competencia de las autoridades propias.

Existe una importante referencia al *foro de origen*, en relación con la competencia de las autoridades cantonales, que debe entenderse desde el punto de vista de la estructura política del país, como estado federal, y desde la perspectiva de la tradición germánica que ha tenido en el sistema jurídico cierta influencia. El concepto de domicilio de origen, aunque no ha sido retomado por la ley sobre el derecho internacional privado, tiene un arraigo conceptual notorio que se hace evidente en el concepto de referencia.

El foro de origen se utiliza como factor de vinculación para determinar la competencia de las autoridades locales, cuando un sujeto de nacionalidad suiza no tiene su domicilio en ese país. También se recurre a él como punto de vinculación supletorio, cuando la acción no puede intentarse ni en el domicilio de una de las partes ni en la residencia habitual del menor, en los casos de problemas relativos a la filiación o a la adopción de menores; o cuando no puede exigirse razonablemente que sea aceptada por dichas autoridades.³⁹

Se establece la *competencia exclusiva* de los propios tribunales y se reconoce la de las autoridades extranjeras, en materia de bienes inmuebles. La competencia de la autoridad del lugar de la ubicación comprende las acciones reales inmobiliarias, los derechos reales sobre bienes inmuebles y las sucesiones en materia de inmuebles.

37. Respecto de los principios de autonomía y de unilateralidad, ver SZASZY "Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière des litiges comportant un élément international", *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tomo 135, (1972-Y) p. 11 y ss.

38. Este último criterio revela una actitud de apertura respecto de la inmigración, que pudiera considerarse extraña a las corrientes actuales que, tanto en Europa como en América, tienden a restringir los derechos de los inmigrantes, aún de los legales.

39. Ver artículos 38-2, 67 y 76 respecto del cambio de nombre, la filiación y la adopción, respectivamente.

La competencia exclusiva se hace extensiva a las acciones reales sobre bienes muebles cuando el demandado tenga su domicilio o su residencia habitual en Suiza o si los bienes están situados en el país⁴⁰.

Existe la posibilidad de establecer *competencia supletoria* a favor de las autoridades suizas en los casos de filiación y adopción antes mencionados, pero también cuando se trate de resolver controversias en relación a acciones por enriquecimiento ilegítimo o de actos ilícitos; en estos casos la competencia se surte a favor del tribunal del domicilio o de la residencia habitual del demandado, según establecen los artículos 127 y 129.

5.2. La elección de foro

Se reconoce ampliamente la *autonomía de las partes* para elegir el tribunal al que se van a someter. Este derecho abarca todas las materias patrimoniales, incluso las relativas a sucesiones y régimen de bienes del matrimonio. En el caso relativo a la sucesión, puede elegirse el tribunal competente, tanto por medio de disposición testamentaria como a través de un pacto sucesorio. La única limitación que se le impone es que el pacto de jurisdicción no comporte un abuso por una de las partes, o se haya concertado de mala fe, de manera que prive a una de ellas de sus derechos de defensa. En caso de que se compruebe esta situación, la elección se considera nula⁴¹.

Por otra parte, los tribunales suizos elegidos para conocer una controversia no pueden declinar su competencia, en los casos en que el derecho suizo sea aplicable para resolver el fondo del asunto.

5.3. Conflictos de jurisdicciones

La ley ataca en forma directa los *conflictos negativos de jurisdicciones*. Se establece que, en los casos en que no exista una autoridad competente ante quien someter una determinada controversia, o cuando se prevea razonablemente que otro tribunal no aceptaría juzgarla, las autoridades suizas deben asumir la competencia, siempre que la causa tenga una vinculación suficiente con el derecho o las autoridades suizas.

Se trata de una normatividad procesal especial que permite la internacionalización del asunto, no exactamente en el sentido que propone Szaszy en sus "Principios sobre la competencia internacional", sino en uno mucho más ambicioso, pues obliga al tribunal a observar el elemento de internacionalidad para determinar la pertinencia de avocarse al conocimiento del asunto y, en su caso, asumir la competencia para dirimir la controversia.

La disposición no requiere que se compruebe la denegación de justicia, como sucede en el caso de la legislación mexicana, concretamente en la del Distrito Federal; basta con que se estime la imposibilidad razonable de obtener una resolución judicial ante otra autoridad, para que el supuesto legal opere.⁴²

En el caso de *conflictos positivos de jurisdicciones*, en los que más de un tribunal se avoca al conocimiento de una controversia, entre las mismas partes, la excepción de *litispendencia* se utiliza observando un criterio similar al del problema anterior: la excepción se reconoce de manera unilateral, siempre que la decisión del tribunal extranjero sea susceptible de reconocimiento y ejecución en Suiza y que se prevea que el litigio va a ser resuelto en un plazo razonable.

La posibilidad de que el tribunal abra su radio de observación de manera que se le permita percatarse de que un tribunal extranjero conoce de una controversia similar a la que se le plantea, acepte la litispendencia y reconozca la necesidad de dejar de conocer él mismo y atenerse a lo resuelto por un tribunal extranjero, es una novedad en la materia.

Hasta ahora no se había logrado una regla similar en el derecho internacional privado interno; las legislaciones nacionales, como la mexicana, establecen expresamente la imposibilidad de aceptar excepciones de litispendencia y conexidad en el nivel internacional. El único precedente de esta nueva actitud es el contenido en la convención de Bruselas sobre la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras de la Comunidad Europea.

40. Ver artículos 86, 87 y 97 a 100.

41. Artículos 5.2, 87 y 93. En el mismo sentido, ver el art. del Código de Comercio.

42. La solución en el caso del código de procedimientos civiles del Distrito Federal es resultado de la incorporación al derecho mexicano de la convención interamericana sobre Competencia para el reconocimiento y ejecución de los efectos extraterritoriales de las resoluciones extranjeras. En el artículo del código se considera que debe reconocerse la competencia asumida por un tribunal extranjero cuando éste lo haya hecho para evitar una denegación de justicia. La disposición avala, en sí misma, la posibilidad de que los tribunales del Distrito Federal puedan adoptar una posición similar en los casos en que se les demuestre la imposibilidad de llevar la controversia ante otra autoridad.

Este documento, sin embargo, no tiene parangón con el que se comenta, puesto que, por una parte, se trata de una convención internacional, es decir, de un acuerdo negociado, y por otra, el instrumento se encuentra inserto dentro del proceso de integración de la propia Comunidad, es una de las herramientas

necesarias para lograrla. En el caso de la ley suiza, se trata de una medida tomada en forma unilateral, no concertada, por la que se respeta la competencia asumida por una autoridad extraña y, además, se le da eficacia a su resolución.

5.4. La cooperación judicial internacional

En concordancia con esta posición, en materia de cooperación judicial internacional, la ley permite a sus autoridades, utilizar formalidades del derecho extranjero, en los casos en que así se lo soliciten, con objeto de que el auxilio que se proporciona a las autoridades extranjeras tenga también el grado de eficacia que se requiere para la continuidad, legalidad y efectividad del procedimiento ante el tribunal del conocimiento.

5.5. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extrañas

El reconocimiento de las resoluciones extrañas y su ejecución en territorio helvético requiere únicamente de la comprobación de que:

- a) el tribunal extranjero que la dictó era competente en el lugar donde se produjo la resolución; la competencia del tribunal *a quo* puede sostenerse si se dió de conformidad con las normas del derecho suizo, si se trata del tribunal del domicilio del demandado, o si, tratándose de materia patrimonial, las partes se sometieron válidamente a su jurisdicción;
- b) la decisión es definitiva o no procede contra ella recurso ordinario alguno;
- c) el demandado fue emplazado adecuadamente y que se le permitió ejercer sus derechos de defensa, y
- d) la sentencia emitida es compatible con los principios fundamentales del derecho procesal suizo y no es manifiestamente contraria al orden público suizo.

La resolución no puede ser revisada por el tribunal *ad quem* en cuanto al fondo.

Los problemas de derecho internacional privado regulados por la constitución son solamente los que se refieren a las relaciones entre los propios estados miembros de la federación, y no los que se presentan entre éstos y sistemas jurídicos extranjeros, en su sentido estricto.

No podrá ser ejecutada en caso de que se haya entablado en Suiza un litigio, entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, se haya decidido ya por sus tribunales o se haya juzgado previamente en un tercer estado, siempre y cuando tal sentencia pueda ser reconocida en el país.

Los mismos requisitos se exigen para el reconocimiento y ejecución de transacciones judiciales, a las que se les dan los mismos efectos que a una sentencia definitiva, y a las resoluciones o los actos dictados en procedimientos de jurisdicción voluntaria.⁴³

Además de éstas, que pudieran considerarse como las reglas generales en la materia, en algunos casos específicos se establecen requisitos especiales para el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, en virtud de que la ley pretende establecer una protección especial a las relaciones jurídicas de que se trata.

Esta situación es evidente en el caso de las resoluciones dictadas en materia de efectos del matrimonio, régimen de bienes, divorcio o separación de cuerpos: se exige que la sentencia haya emanado del tribunal competente del domicilio o la residencia habitual del demandado, o bien haya sido reconocida por dicha autoridad; del tribunal cuyo derecho sea aplicable al fondo, de conformidad con la ley suiza; o, en el caso de que se trate de bienes inmuebles, de la autoridad del estado en donde éstos estén ubicados.

Lo mismo sucede en los casos relativos a filiación, adopción, reconocimiento de hijos, en donde el principio que se sigue es el de la protección del menor a través del reconocimiento de la validez de la institución, por cualquiera de los sistemas jurídicos relacionados con la causa.⁴⁴

43. Ver artículos 25,26,27 y 30 de la ley.

44. Ver artículos 50, 58, 65, 73, 78, 84. Estas disposiciones responden a los principios que informan a este cuerpo legal y que se mantienen tanto en materias reativas al fondo, como en los aspectos procesales de las mismas. Ver *infra* núm. 6.

Por otra parte, un criterio similar se hace valer, por distintas causas, en relación con los derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles. Aquí se trata de seguir el principio de congruencia con el reconocimiento de la competencia exclusiva de los estados en estos casos. El artículo 108 prevé las condiciones para reconocer la competencia del tribunal extranjero, tomando siempre en consideración el que la autoridad haya sido competente en razón de la ubicación del bien, o que la resolución emitida por otra autoridad haya sido reconocida por la del lugar de su situación.

£1 derecho transitorio

Se establece como principio general el de la no retroactividad de la ley. Sin embargo, se prevén algunas excepciones:

a) se aplica la ley anterior, para regular los hechos y

los actos jurídicos que se realizaron y produjeron todos sus efectos antes de la entrada en vigor de la nueva legislación;

b) aquellos que se celebraron o produjeron antes, se rigen por la ley anterior respecto de los efectos ya producidos; pero los que deben producirse en el futuro, se rigen por la nueva ley;

c) la competencia de las autoridades que estén conociendo de alguna causa, se mantiene, de conformidad con lo dispuesto por la legislación anterior, aun cuando la nueva ley no se las atribuya;

d) las acciones que hayan sido rechazadas por las autoridades por falta de competencia, pueden ser entabladas nuevamente, después de la entrada en vigor de la presente ley, si ella establece la competencia requerida;

e) la nueva ley determina el derecho aplicable a los litigios pendientes de resolución en primera instancia;

f) también es la nueva ley la que determina los requisitos para el reconocimiento y ejecución de una resolución extranjera que esté pendiente de resolución ante los tribunales suizos.

En los últimos dos casos se produce una situación peculiar que, por una parte, responde a los criterios que son comunes tanto en la doctrina como en la práctica europeas, pero por otra parte, resulta contraria a los criterios de equidad y al principio de estar por la validez de los actos válidamente concluidos que impera en el contexto de esta ley. Si es la nueva ley la que establece el derecho aplicable a las controversias pendientes ante los tribunales, puede resultar que el derecho previsto por las partes como aplicable a una relación jurídica, sea modificado, de manera que se pierdan derechos ad

quiridos o se esté sujeto al cumplimiento de obligaciones que no se habían previsto ni, por lo mismo, querido.

Esto puede suceder en los casos en que se modifica el punto de conexión de la norma de vinculación. A pesar de que la norma contenida en la ley anterior no haya sido aplicada por los tribunales, la relación concertada se celebró con vista a la remisión que esa norma hacía a un determinado derecho, por lo que, en la realidad se está produciendo una aplicación retroactiva de la ley, que modifica situaciones creadas con anterioridad.

Lo mismo sucede en el caso del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, puesto que las previsiones y las medidas tomadas por las partes para asegurar la posibilidad de que la resolución sea eficaz en territorio suizo pueden verse frustradas por la disposición del derecho transitorio de la ley.⁴⁵

7. La perspectiva de la dicotomía seguridad jurídica-equidad

Como anteriormente se mencionó, una característica sumamente importante de la nueva ley suiza de derecho internacional privado es la de *introducir criterios de equidad* para dar flexibilidad a la aplicación de las normas de vinculación⁴⁶ y procurar soluciones justas en el caso concreto, *sin deteriorar por ello la seguridad jurídica* que el derecho internacional privado debe garantizar.

Sin duda, fue la intervención del maestro De Vis-cher la que dio este importante giro a la legislación. Su obra sobre la contratación internacional fue decisiva para lograr una perspectiva distinta en esta rama, netamente técnica, de la materia. *El principio de equidad* informa muchos de los aspectos de la regulación. Se introdujo por medio de recursos técnicos característicos del derecho internacional privado; en ocasiones se aborda el problema en forma directa, otras de manera indirecta.

45. Respecto de los conflictos de leyes en el tiempo y su relación con los problemas del derecho internacional privado se puede consultar a Paul ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps*, tomo II, París, 1933; Henri BATIFFOL y Paul LAGARDE, *Droit international privé*, tomo II, París, 1991; Eduardo TRIGUEROS S., *Estudios de derecho internacional privado*, UNAM, México, 1981; Laura TRIGUEROS G., "El derecho transitorio en las reformas al código civil del Distrito Federal" en *Memorias del XIV Seminario Nacional de Derecho internacional privado*, Universidad Autónoma de Guerrero, Chilpancingo, 1990.

46. Ver *supra*, núm. 3.2, p. 11.

Las disposiciones, adjetivas o sustantivas que cumplen esta función, tienen como finalidad la resolución del asunto, atendiendo a los intereses del caso concreto, a la protección de las personas involucradas, y no solamente a la aplicación rígida de las normas. Los siguientes ejemplos muestran una forma singular de manejar los recursos de la legislación para lograr resultados compatibles con la finalidad buscada.

Entre las de carácter procesal pueden señalarse las siguientes:

- La autoridad suiza es competente cuando así lo exija la protección de alguna persona o bienes, (a.52)
- No se admite la validez de la elección de foro por las partes, cuando se considere que ha sido lograda en forma abusiva o de mala fe, en perjuicio de una de ellas, (artículo 5.2)

Normas de carácter material que cumplen esa función son:

- La autoridad debe aplicar los tratados que Suiza ha ratificado, en materia de obligación alimentaria entre padres e hijos, por analogía, para hacer efectiva esa misma protección en favor de la madre y de su hijo, (artículo 83)
- La adopción o las instituciones semejantes del derecho extranjero que tengan efectos esencialmente diferentes del vínculo de filiación, en el sentido del derecho suizo, se reconocen sólo con los efectos del estado donde se constituyeron, (artículo 78.2)

En otros casos se recurre a criterios como el de "estar a favor de la validez del acto". Esto puede apreciarse en relación con los problemas relacionados con la filiación, la legitimación, la adopción, la tutela, en los que el principio se aplica siempre para lograr el beneficio del menor, (artículos 67 y 69) *El principio de seguridad jurídica* es primordial en el contexto de la ley; se le encuentra en casi todas las materias, pero con mayor frecuencia, en las áreas relativas al derecho de las personas o de la familia. Puede observarse claramente el interés por garantizar el reconocimiento por autoridades extranjeras y la subsistencia jurídica de los actos realizados ante autoridades suizas o reconocidos por ellas.

Este es el caso, por ejemplo, del artículo 77 que establece que: la autoridad suiza no puede resolver o declarar la adopción de conformidad con el derecho suizo si ésta no puede ser reconocida como válida en el estado del domicilio o de la nacionalidad del adoptado o de los adoptantes, y si de ello se deriva un perjuicio para el menor. En esos casos la autori

dad suiza debe tomar en cuenta las condiciones impuestas por el derecho del estado en cuestión.

Sucede lo mismo en lo relativo al cambio de nombre efectuado en el extranjero: se reconoce si es válido en el derecho del domicilio o de la nacionalidad del sujeto (artículo 39), así como en materia de declaración de ausencia, (artículos 41 y 42)

La seguridad jurídica se hace valer, también, para evitar la denegación de justicia, tal como sucede en las disposiciones que señalan que: la autoridad suiza del foro de origen es competente, en forma supletoria, cuando un nacional no puede promover una acción de adjudicación u obtener que se dicten medidas en relación con la adopción (a.76), la filiación (a.67), el enriquecimiento ilegítimo (a. 128) o los actos ilícitos (a. 129), en el lugar del domicilio o residencia habitual de las partes o del menor.⁴⁷

Se consagra también al favorecer la validez de las relaciones jurídicas, cuando el juego de las normas de vinculación relativas a los elementos de internacionalidad que las integran pueden hacer variar la situación jurídica creada, y producir la modificación de las normas del contexto en el que se celebraron, o de las relativas a sus efectos. Este es el caso del artículo 44 de la ley que se debe declarar la validez del matrimonio, aun cuando no se hayan cumplido los requisitos exigidos por el derecho del lugar de su celebración, siempre que se hayan cubierto los establecidos por la ley de la nacionalidad de cada contrayente.

En concordancia con el principio de seguridad jurídica, pero en relación con terceros, se consagra la antigua excepción de interés nacional, pero ya no con el sentido de excepción a la aplicación del derecho extranjero sino con un sentido directo, cuando el artículo 36 señala que la incapacidad de un sujeto, prevista por la ley de su domicilio, no puede invocarse si tal sujeto es capaz según la ley del lugar de la celebración del acto. Excepto en los casos relativos al derecho de familia, sucesiones y derechos reales sobre inmuebles.

El problema en el derecho mexicano

Una reforma de las características de la que se introdujo en la ley suiza no puede realizarse en el sistema jurídico mexicano, al menos no en el esquema constitucional actual.

47. En estos ejemplos puede apreciarse la cercanía de los criterios de seguridad jurídica con los de equidad.

Como se mencionó anteriormente, la distribución de competencias que la constitución lleva a cabo entre los estados miembros y los poderes centrales en la federación se basa en un reparto de facultades por materias; respecto de las que corresponden a cada ámbito de poder, éste puede ejercerlas íntegramente, es decir, se entiende que comprenden facultades en todos los órdenes: legislativo, ejecutivo y judicial.

En la constitución no se consideró al derecho internacional privado como materia autónoma que debiera ser atribuida en forma expresa a los poderes federales, por lo que, atendiendo a la regla establecida en el artículo 124 de este mismo ordenamiento, su regulación corresponde al área de competencia local, a los estados miembros.⁴⁸

Los problemas de derecho internacional privado regulados por la constitución son solamente los que se refieren a las relaciones entre los propios estados miembros de la federación, y no los que se presentan entre éstos y sistemas jurídicos extranjeros, en su sentido estricto.

El artículo 121 de la constitución establece las reglas generales aplicables a las relaciones entre los sistemas jurídicos de los estados. Se prevén normas de vinculación, de carácter obligatorio, como las que contiene la fracción II, y procedimientos de cooperación entre sus autoridades. Se regula, incluso, el problema de aplicación de leyes extranjeras, entre las entidades, tanto en el párrafo inicial como en la fracción primera.

El único aspecto del problema que se confió a las autoridades federales, concretamente al congreso de la unión, fue el relativo a la reglamentación de los medios de prueba y los efectos de los actos objeto de la obligación de dar entera fe y crédito. Todo lo demás pertenece al ámbito de competencia local.

Dado que la problemática relativa a las relaciones de los estados miembros con sistemas jurídicos diferentes a los de las entidades federativas no se abordó, no puede considerarse que su regulación competa a los poderes federales.

En este contexto, las normas de derecho internacional privado contenidas en el código civil para el Distrito Federal, que rige a toda la federación en materia federal, son aplicables para resolver los problemas de derecho internacional privado que se presenten en relación con las materias reguladas por el sistema jurídico del Distrito Federal. También se deben aplicar a las que son competencia de la federación, siempre que no existan disposiciones especiales al respecto en los ordenamientos particulares, como sucede en el código de comercio o en la ley de títulos y operaciones de crédito.

Cualquier problema que se presente en un sistema jurídico o respecto de una relación jurídica creada o ventilada ante autoridades extranjeras, que remita para su solución al derecho mexicano o a las leyes mexicanas, en forma general, como es común en las normas de vinculación o en las cláusulas contractuales, debe resolverse conforme a la regla que establece el artículo 124 de la constitución, mediante una interpretación integral de la distribución de competencias, en la que el artículo 121 debe tener relevancia. Si se identifica la materia como de competencia local, serán las leyes locales correspondientes, sus normas de derecho internacional privado o las sustantivas, las aplicables a su solución.

Por esta razón, la posibilidad de contar con una ley de derecho internacional privado como la suiza, es prácticamente nula. De reformarse el código civil para el Distrito Federal, con un libro o un título especial, su aplicación se vería reducida al sistema jurídico de la capital del país y a las materias federales que no contarán con una normativa propia, por lo que el proyecto es completamente inviable. El razonamiento anterior no invalida la posibilidad de acudir a documentos como el que se examina, como fuente doctrinaria para resolver los problemas no regulados o para aclarar las situaciones en las que el legislador confía al órgano de aplicación del derecho la solución discrecional de un problema.

48. Este hecho no puede considerarse como una toma de postura respecto de la falta de autonomía de esta rama del derecho, el legislador simplemente no la mencionó y por lo tanto debe considerarse vinculada con las materias sustantivas correspondientes.