

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LAS LIMITACIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA  
VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**MARÍA JOSÉ SALAZAR ESTRADA**

**GUATEMALA, MARZO DE 2009**

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**LAS LIMITACIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA  
VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

**MARÍA JOSÉ SALAZAR ESTRADA**

Previo a conferírsele el grado académico de

**LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

y los títulos profesionales de

**ABOGADA Y NOTARIA**

Guatemala, marzo de 2009

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA  
DE LA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
DE LA  
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana  
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López  
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla  
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez  
VOCAL IV: Br. Marco Vinicio Villatoro López  
VOCAL V: Br. Gabriela María Santizo Mazariegos  
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ  
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

**Primera Fase:**

Presidenta: Licda. Berta Araceli Ortiz Robles  
Vocal: Lic. Ernesto Rolando Corzantes Cruz  
Secretaria: Licda. Griselda Patricia López de Sentes

**Segunda Fase:**

Presidenta: Licda. Benicia Contreras Calderón  
Vocal: Lic. Luis Emilio Orozco Piloña  
Secretario: Lic. Victor Ataulfo Taracena Girón

**RAZÓN:** “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).

*Lic. Victor Hugo Alvarado Obregón*  
**ABOGADO Y NOTARIO**  
Colonia El Manchén, casa número 68  
La Antigua Guatemala, Sacatepéquez



Guatemala, 10 de julio de 2008

Licenciado:  
Marco Tulio Castillo Lutín  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala  
Su despacho.

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:

En atención a providencia de esa dirección, de fecha catorce de junio del año dos mil seis, se me nombra Asesor de Tesis de la bachiller: **MARÍA JOSÉ SALAZAR ESTRADA**, quien se identifica con el carné estudiantil 200111278, quien elaboró el trabajo de tesis titulado "**LAS LIMITACIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**". Habiéndose asesorado el trabajo encomendado, me permito emitir el siguiente

**DICTAMEN:**

Al recibir el nombramiento, se establece comunicación con la bachiller **MARÍA JOSÉ SALAZAR ESTRADA**, con quien procedí a efectuar la asesoría de los planes de investigación y de tesis, los que se encontraron congruentes con el tema a investigar, y en consenso con la ponente del tema se decidió sobre la manera de elaborarlo.

Durante el desarrollo del trabajo de elaboración de tesis, la bachiller **MARÍA JOSÉ SALAZAR ESTRADA**, tuvo el empeño y atención cuidadosa en el desarrollo de cada uno de los temas que comprende la tesis, el cual tiene un amplio contenido científico sobre los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo y de la técnica de investigación bibliográfica, lo que se refleja en las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía que se menciona en el trabajo, las cuales son congruentes con el tema, debido a que tiene su justificación en la importancia del desarrollo del tema para la educación, promoción y enriquecimiento del contenido del derecho internacional privado.

Debido a lo anteriormente anotado emito **DICTAMEN FAVORABLE**, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para los Exámenes Técnico Profesional de Abogacía y Notariado y Examen General Público de Tesis, para ser discutido en el Examen Público, previo **DICTAMEN** del señor Revisor.

Atentamente,

  
Lic. Víctor Hugo Alvarado Obregón  
Abogado y Notario  
Col. 2874

*Victor Hugo Alvarado Obregón*  
ABOGADO Y NOTARIO



FACULTAD DE CIENCIAS  
JURÍDICAS Y SOCIALES

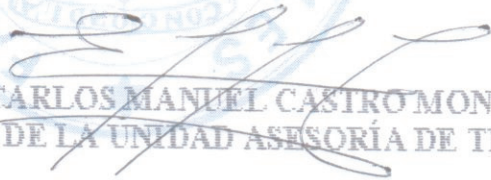
Ciudad Universitaria, Zona 12  
GUATEMALA, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veinticuatro de julio de dos mil ocho.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) ROLANDO ESTRADA MARTÍNEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante MARÍA JOSÉ SALAZAR ESTRADA, Intitulado: "LAS LIMITACIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO".

Me permito hacer de su conocimiento que esta facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".

  
LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY  
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis  
CMCM/slh

*Lic. Rolando Estrada Martínez*

*Abogado y Notario*

4ta. Ave. 3-89 zona 1  
Villa Nueva, Guatemala



Guatemala, agosto de 2008

Licenciado:

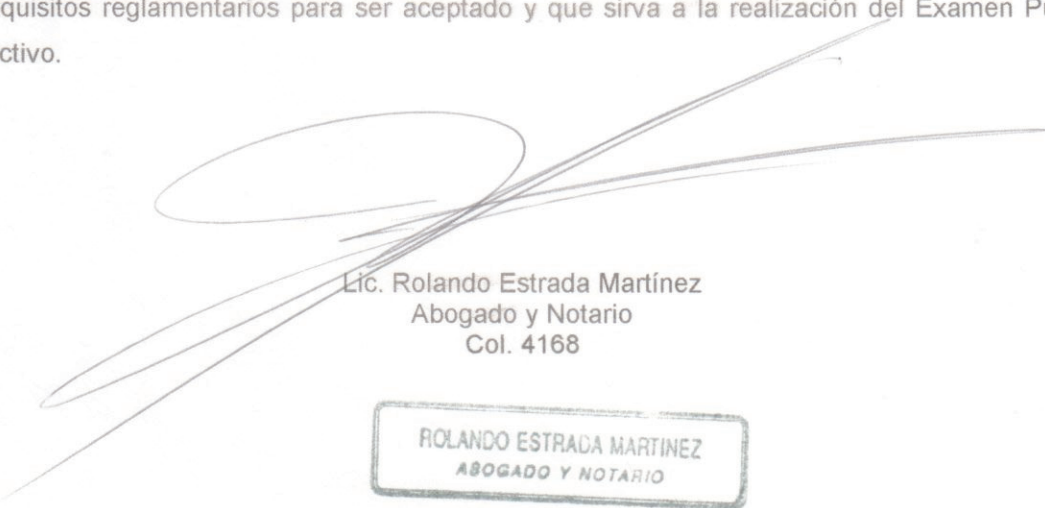
Carlos Manuel Castro Monroy  
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad de San Carlos de Guatemala

Licenciado Castro:

De manera atenta y respetuosa me dirijo a usted, con el objeto de manifestarle, que por resolución de esa unidad se me nombró como revisor de tesis de la bachiller: María José Salazar Estrada, quien elaboró el trabajo intitulado: **"LAS LIMITACIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO"**.

Luego de haber formulado algunas sugerencias a la Bachiller Salazar Estrada, mismas que fueron tomadas en consideración, haciendo constar que el contenido científico y técnico de la tesis arriba titulada, la metodología utilizada así como las técnicas de investigación, son correctas puesto que cumple con todos los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público, tal y como se refleja en las conclusiones, recomendaciones y la bibliografía que se menciona en el trabajo.. Estimo que la investigación realizada es de mucha importancia y los temas abordados en efecto son susceptibles de estudio y optimización.

En virtud de lo antes manifestado emito **DICTAMEN FAVORABLE**, puesto que cumple con los requisitos reglamentarios para ser aceptado y que sirva a la realización del Examen Público respectivo.

  
Lic. Rolando Estrada Martínez  
Abogado y Notario  
Col. 4168





FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, Zona 12  
Guatemala, C. A.



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, trece de enero del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante MARÍA JOSÉ SALAZAR ESTRADA, Titulado LAS LIMITACIONES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



## DEDICATORIA

- A DIOS: Por haberme brindado la vida y la sabiduría para el logro de las metas que me he propuesto.
- A MI MADRE: La persona más importante en mi vida, gracias por tu esfuerzo y sacrificio y lograr que sea la mujer que soy. Te amo.
- A MI PADRE: Aunque no este presente físicamente sé que es de gran orgullo para él. Te amo y estoy segura que estas en la presencia de Dios.
- A MIS HERMANOS: Carlos Roberto y Cesar Valentín, que este triunfo los motive, y que no se detengan en su camino al éxito.
- A MI SOBRINA: ABIGAIL, angelito que con su presencia y cariño da mucha alegría a mi vida.
- A MIS ABUELITAS: Pues sé que es motivo de orgullo para ellas.
- A MIS TÍOS: Por el amor enorme que les tengo. Gracias por su apoyo y cariño.
- A MIS PRIMOS: Por el cariño inmenso que les tengo.
- A MIS AMIGOS: Por brindarme momentos especiales al lado suyo, gracias y que Dios los bendiga. Los quiero.
- EN ESPECIAL A: Donato Alvarado, por apoyarme y estar incondicionalmente conmigo.
- A UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA: En especial a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, siempre la llevaré en mi corazón.



## ÍNDICE

	<b>Pág.</b>
Introducción.....	i
<b>CAPÍTULO I</b>	
1. Derecho internacional privado.....	1
1.1. Origen del derecho internacional privado.....	1
1.2. Naturaleza del derecho internacional privado.....	10
1.3. Denominaciones.....	12
1.4. Causas de la existencia del derecho internacional privado.....	12
1.5. Características del derecho internacional privado.....	14
1.6. Fuentes del derecho internacional privado.....	15
1.7. Relación del derecho internacional privado con otras normas del derecho.....	17
1.8. Principios del derecho internacional privado.....	20
1.9. Definición del derecho internacional privado.....	21
<b>CAPÍTULO II</b>	
2. Principio de autonomía de la voluntad.....	25
2.1. Definición.....	25
2.2. Régimen jurídico para la aplicación del principio de autonomía de la voluntad.....	28
2.3. El consentimiento dentro del principio de la autonomía de la voluntad....	30
2.4. Aplicación contractual.....	30

	<b>Pág.</b>
2.5. Extensión del principio.....	32
2.6. Regulación legal.....	34

### **CAPÍTULO III**

3. Principios que se relacionan con el de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado.....	37
3.1. Pacta sun servando (los pactos deben mantenerse).....	37
3.2. Respeto internacional de los derechos adquiridos.....	38
3.2.1. Condiciones de la aplicación.....	38
3.2.2. Limitaciones.....	39
3.2.3. Fundamento del principio.....	39
3.3. Lex red sitae (Ley donde se sitúa la cosa en litigio).....	40
3.4. Locus regit actum (El lugar rige al acto).....	41
3.4.1. Excepciones al principio locus regit actum (El lugar que rige al acto) .....	44
3.5. Lex Fori (Ley del foro).....	45

### **CAPÍTULO IV**

4. La capacidad, la forma y el orden público como limitantes del derecho internacional privado con relación al derecho interno guatemalteco.....	47
4.1. La capacidad.....	49
4.1.1. Clases de capacidad.....	50
4.1.2. Limitaciones a la capacidad.....	51
4.1.3. Mecanismos para completar o suplir la capacidad de obrar.....	54

	<b>Pág.</b>
4.2. La forma.....	55
4.3. El orden público.....	56
4.3.1. Misión del orden público.....	64
4.3.2. Precedentes históricos.....	65
4.3.3. Naturaleza jurídica del orden público.....	66
4.3.4. Características del orden público.....	67
4.3.5. Otras denominaciones del orden público.....	72
4.3.5.1. El orden público internacional, opuesto al orden público interno.....	72
4.3.5.2. El orden público absoluto y el orden público relativo.....	75
4.3.5.3. Orden público. Otras expresiones.....	75
4.3.6. Efectos del orden público.....	76
CONCLUSIONES.....	85
RECOMENDACIONES.....	87
BIBLIOGRAFÍA.....	89

## INTRODUCCIÓN

El presente estudio aborda la problemática que se deriva del entendimiento equívoco del principio de la autonomía de la voluntad como una facultad ilimitada, olvidando que al interior de cada Estado existen leyes de carácter imperativo y otras de carácter facultativo, dando como resultado que por muy soberana que sea la voluntad no podrá estipularse ni aplicarse en la forma contractual de las partes cuando se vulnera el orden público.

Dentro del primer capítulo se trata el estudio del derecho internacional privado, desglosando así su origen, naturaleza, otras denominaciones, las causas del porque de su existencia, su relevancia en relación con otras normas del derecho así también como principios que se relacionan con él, dividiéndolos en dos grandes grupos como lo son los principios estructurales o sistemáticos y los de personalidad y territorialidad.

En el segundo capítulo se desarrolla todo lo relativo al principio de autonomía de voluntad, partiendo de la definición, el régimen jurídico para su aplicación, su extensión territorial y legal en cuanto a su aplicación y su regulación legal guatemalteca. Se aborda este tema para la mejor comprensión sobre las limitaciones que sufre el principio de autonomía de la voluntad contractual en cuanto al derecho internacional privado guatemalteco, observando la legislación nacional y su relación con las normas internacionales.

Dentro del presente estudio en el tercer capítulo, se desarrollan los principios que se relacionan con el de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado, entre los cuales se encuentran: *Pacta sunt servanda* (los pactos deben mantenerse), respeto a los derechos adquiridos, *lex rei sitae* (ley donde se sitúa la cosa en litigio), *locus regit actum* (el lugar rige al acto), y *lex fori* (ley del foro), siendo estos los principales principios que limitan la aplicación del principio de autonomía de la voluntad.

En el cuarto capítulo se desarrollan los limitantes del derecho internacional privado con relación al derecho interno guatemalteco, partiendo de la capacidad, ya

que ésta, está sometida a la ley personal de las partes por lo cual la aplicación del principio es ineficaz. La capacidad, como una excepción al principio de autonomía de la voluntad, se encuentra determinada en cada una de las legislaciones internas no existiendo una similitud internacional. Así también como otras limitantes, la forma y el orden público.

El principio de la autonomía de la voluntad queda excluido en lo referente a capacidad, ya que ésta está sometida a la ley personal de las partes, así también en cuanto a la forma pues ya que la aplicación del principio de *locus regit actum* (el lugar rige el acto) limita directamente la voluntad y específicamente el orden público que es de observancia general, indicando esto que se cumplen los objetivos de la investigación pues ya que se logra comprobar la hipótesis planteada.

# CAPÍTULO I

## 1. Derecho internacional privado

En principio, los actos jurídicos que tienen su origen en la voluntad de las partes, pueden ser libremente determinados, lo cual incluye el derecho de éstas a definir la ley a la cual desean someterse, puesto que si la persona es el sujeto por autonomía del Derecho Internacional, la elección de la ley aplicable para resolver los conflictos de leyes y la regulación de las materias que le son propias, deben hacerse teniendo en cuenta el derecho de las personas antes que la naturaleza de la relación jurídica misma.

Como en cada acto o contrato, se encuentran generalmente en juego los derechos o los intereses de dos o más personas, la ley aplicable para resolver el conflicto deberá ser aquella que mejor convenga al derecho protegido por la ley. Mediante esta concepción que toma a la persona como elemento central y respeta al mismo tiempo la finalidad de la norma legal, se puede lograr la máxima universalidad y una mayor humanización del Derecho Internacional Privado.

Sin embargo, esta autonomía de la voluntad tiene como límite las leyes que están catalogadas como de orden público nacional, puesto que las mismas presentan un interés general, oponiéndose, por lo tanto a la aplicación de las leyes extranjeras de un país y a la vigencia de un contrato o negocio jurídico, cuando éstos contravienen la normativa interna. Por ejemplo las leyes referentes al régimen de la propiedad mueble e inmueble, las leyes penales, las de derecho público, las de policía, las de crédito público, etc. En todos estos casos, la ley del país cuyo orden público está interesado, debe aplicarse y excluir la ley personal.

### 1.1. Origen del derecho internacional privado

Gran número de jurisconsultos y publicistas han formulado los más variados sistemas para explicar las bases y desarrollo del derecho internacional privado,

apartándose de la clásica escuela que tanta influencia ejerció en su formación y desenvolvimiento en los siglos anteriores.

“Entre las tendencias más sobresalientes, se puede citar la doctrina Angloamericana o de la territorialidad del derecho, sostenida por Westlake, Phillimore, Dicey, Burge, Baty, en Inglaterra; Story, Wheaton, Henry Joseph – catedrático de la Universidad de Harvard, Ernesto Lorenzen – de la Universidad de Yale – en los Estados Unidos de Norteamérica; Foelix, en Francia. La doctrina Italiana, de la personalidad del derecho o de la nacionalidad, fundada por el ilustre estadista, jurisconsulto y maestro Pascual Estanislao Manzini, y seguida por Fiore, Esperson, Catellani, Fusinato, en Italia”.<sup>1</sup>

“Las llamadas doctrinas Intermedias, entre las que ocupan lugar prominente la Escuela de la Comunidad Jurídica Internacional, creada por Federico Carlos Savigny, insigne jurista de Berlín, a quien siguieron, entre otros, Luis de Bar, Kahn y Neumeyer, en Alemania; Carlos Brocher, en Suiza; Desapagnet y Valery, en Francia; Brusa, en Italia; y la Escuela del Fin Social del Derecho, fundada por Antoine Pillet, profesor de la Facultad de París, secundado por Niboyet y otros tratadistas”.<sup>2</sup>

“Todos estos sistemas y escuelas son cuales más ingeniosos e interesantes y sin su estudio, es imposible tener una base sólida para la solución de los difíciles problemas que se plantean en la práctica, al tratar de determinar *los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a relaciones jurídicas que pueden estar sometidas a más de una legislación*, según la definición del derecho internacional privado. Pero para penetrar hasta los orígenes medievales de nuestra ciencia, resulta más interesante todavía el estudio de la teoría de los Estatutos, que fue, sin duda alguna, el punto de partida de tan importante rama de la enciclopedia jurídica”.<sup>3</sup>

---

1 Matos, José. **Curso de derecho internacional privado**, pág. 24.

2 Orellana García, Carlos. **Derecho internacional privado**, pág. 32.

3 **Ibid**, pág. 33.

La opinión de los internacionalistas está dividida respecto a las influencias políticas, históricas y sociales que determinaron la formación de nuestra ciencia. La mayor parte, entre otros, Bach, Lainé, Sánchez de Bustamante y el tratadista guatemalteco doctor José Matos, hacen partir esta rama del derecho, de la Edad Media, de aquella época en que, aparentemente, se paralizó el movimiento de la humanidad, surgiendo el feudalismo, en el que todo parece identificarse con el dominio absoluto de la tierra, hasta los conceptos fundamentales de libertad y soberanía. Otros, como Despagnet, encuentran en el derecho romano algunos preceptos que sirven como base o antecedente al actual derecho internacional privado y citan al efecto disposiciones del Digesto y de otros cuerpos legales.

En fin, como el distinguido jurisconsulto argentino Estanislao Ceballos, van más lejos y estudian sus orígenes desde las épocas más remotas de la historia jurídica, haciendo investigaciones en el derecho de los pueblos autocráticos de Oriente, en las instituciones de la civilización de Occidente que floreció en el mar Egeo, en la cultura Grecia, cuya savia alimentó a Roma, y en el período de transición entre el derecho oriental y el occidental.

Desde luego, esta interesante discusión podría dar material para una extensa exposición, pero, por la índole de la presente tesis, basta con dejar planteado el debate en la forma que antecede.

Siguiendo la opinión más corriente, se afirma que en las leyes romanas no aparecen los principios del derecho internacional privado, en el sentido técnico actual de esta ciencia, aunque en ellas se encuentren algunas de sus manifestaciones lejanas e incipientes. Sin embargo, se debe hacer notar que soy del criterio que el *ius gentium*, o sea el derecho común que, por oposición al *ius civile*, se aplicaba a los peregrinos ordinarios en Roma y las instituciones de *pretur pergerinus* y de los *iudices recuperatores*, no tienen relación alguna ni constituyen precedente de la ciencia que nos ocupa.



Lo que hoy en día conocemos como derecho internacional privado, es el fruto de múltiples esfuerzos intelectuales por parte de personas particulares, como juristas estudiosos del derecho. Estados, continentes enteros, asociaciones nacionales e internacionales que han organizado conferencias, sesiones de estudio, simposios, fomentando publicaciones, etc. Los principios que hoy nos parecen simples, evidentes, lógicos y fáciles, son el resultado de un arduo trabajo.

Para profundizar más en el estudio del derecho internacional privado, puede hacerse mención que este nació cuando fenecieron las sociedades de vocación universalista; es decir, cuando aparecieron las repúblicas, los Estados, principados, ducados, reinos, etc. Al desintegrarse el sacro imperio romano, comenzó la vida individual de los Estados, cuando se principió a respetar la personalidad de los Estados, comenzó el derecho internacional.

“En Roma, aún y cuando fue una sociedad respetuosa de las costumbres y tradiciones de los extranjeros, no existió un verdadero derecho internacional; existió sí, una rama interna especial del derecho llamado *ius gentium*, aplicable a los extranjeros, el *ius gentium* se concibió como el conjunto de reglas que la razón natural ha dictado en todas las legislaciones. Algunos juristas han querido ver en el *ius gentium* el inicio del derecho internacional, olvidando que el derecho internacional está constituido por la consecuencia de la concurrencia de varias soberanías”.<sup>4</sup>

“En la Edad Media, dominó la idea de la territorialidad de la ley, probablemente bajo la influencia del feudalismo que confundió soberanía con derecho de propiedad. En esta época los germánicos no impusieron sus leyes a los pueblos conquistados, sino que las preservaron, conservando así, la territorialidad de las leyes de los pueblos conquistados. En cuanto a ellos mismos, consideraron sus propias leyes como personales, las llevaban consigo donde quiera que iban, originando así verdaderos conflictos al invocar cada uno su propia ley en caso de problema”.<sup>5</sup>

---

4 Matos. **Ob. Cit.**, pág. 26.

5 **Ibid**, pág. 27.

Los glosadores y post glosadores fueron juristas que para resolver los conflictos de leyes, se dedicaron a recopilar, comentar, parafrasear, clarificar las disposiciones del derecho romano y los digestos, así como los diferentes trabajos, como el Código de Justiniano.

En el curso del siglo XIII, florecieron grandes ciudades caracterizadas por su comercio, su influencia intelectual, etc., estas ciudades se destacaron principalmente en Italia. Cada una de estas ciudades adquirió bastante autonomía; cada una de ellas estaba sometida a un doble cuerpo legal: en un plano se regían por las disposiciones del derecho romano, las cuales eran comunes a todas las ciudades, a todo el territorio italiano; en otro plano se regían por sus propias disposiciones. A las primeras se les llamó simplemente La Ley, a las segundas se les llamó estatutos; éste es pues, una ley particular, local, municipal, aplicada dentro de un territorio pequeño bien determinado, mientras que la ley es de portada y aplicación muy amplia.

Esta duplicidad de ordenamientos jurídicos así como la multiplicidad de estatutos, llevó a conflictos entre los estatutos y la ley común, y entre los estatutos de diferentes ciudades, debido a que los ciudadanos de cada una de dichas ciudades, con el auge del comercio y la facilidad de comunicación, se desplazaban de una ciudad a otra con bastante frecuencia y efectuando en cada una de dichas ciudades, actos jurídicos. Los problemas generados por la multiplicidad de estatutos y su conflicto con la ley común, llevó a tratar de encontrar soluciones; éstas, dependiendo del lugar donde fueron propuestas, recibieron los nombres de soluciones de *la Escuela Italiana, Francesa y Holandesa*.

Según la Escuela Italiana, son dos los juristas que caracterizaron, como sus máximos exponentes, la Escuela Italiana: Bártolo de Saxoferrato y Charles Dumoulin.

“Bártolo de Saxoferrato, inició sus estudios preguntándose: ¿el estatuto de un territorio, se aplica a quienes no son súbditos? Si la respuesta es afirmativa, entonces el estatuto es de portada extraterritorial; si es negativa la respuesta, entonces el estatuto

es territorial. Sin embargo, Bártolo se dio cuenta que era imposible proceder por medio de reglas generales, optó por la aplicación del método escolástico de distinguir y subdistinguir. Distinguió entre estatutos que se refieren a contratos, a sucesiones y otros. En cuanto a los contratos, debe subdistinguirse entre la forma, el proceso y los efectos”.<sup>6</sup>

La forma se regirá por el principio de *locus regit actum*; el proceso por el principio de *lex fori* (ley del foro) y los efectos dependerán de si éstos son naturales o accesorios; los primeros se rigen por la regla del *locus regit actum*, los segundos por la regla de *lex loci executionis* (ley del lugar de ejecución).

En cuanto a las sucesiones, la forma se rige por el principio de *locus regit actum* (*locus regit actum*); en cuanto a la capacidad, ésta se rige por el estatuto personal. Por consiguiente, territorialidad y extraterritorialidad. En cuanto a los otros estatutos, se debe distinguir, según Bártolo, entre los prohibitivos y los favorables; en los primeros se debe subdistinguir entre la forma. Bártolo procedió pues a la disección de las relaciones jurídicas, buscando en esta forma, una solución justa a las mismas.

Charles Dumoulin sigue en lo esencial a Bártolo, aunque dio más importancia a la territorialidad, probablemente influenciado por su origen francés. Su principal mérito consiste en haber enunciado el principio de la autonomía de la voluntad. Dumoulin distinguió entre estatutos que se refieren a la forma de los actos y sentencias, los cuales aplican la regla *locus regit actum* (el lugar rige el acto). Los que se refieren al fondo del derecho que se subdistinguen entre aquellos que reconocen la soberanía de las partes al manifestar su voluntad en la elección de la ley que desean que los rija, y aquellos actos que dependen enteramente de la ley, si estos se refieren a la cosas si serán territoriales, si se refieren a las personas serán extraterritoriales.

Según la escuela francesa, sus máximos exponentes fueron Boullenois, Bouhier y Froland.

---

<sup>6</sup> *Ibid*, pág. 29.

Boullenois, se pronunció en referencia a que: “todos los estatutos son personales o reales; al carácter personal o real de los estatutos se determina por su propio objeto o por la intención del legislador. Y que son personales aquellos estatutos cuyo objeto es legislar el estado y capacidad. Estos últimos pueden ser de carácter universal y entonces son extraterritoriales, o de carácter particular y entonces serán extraterritoriales solamente cuando no haya bienes en litigio”.<sup>7</sup>

Froland, insiste sobre el valor de la persona; afirma que: “Los bienes fueron creados para la persona y no ésta para aquellos”.<sup>8</sup> Tiene el mérito de haberse dedicado sobre todo a examinar los casos de sucesiones.

La Escuela Francesa de la segunda época se caracterizó por un mayor énfasis en el estatuto personal y por haber abandonado la idea central de la clasificación de los estatutos entre personales y reales como punto de partida.

Posteriormente, se ingresa al estadio de la época moderna; llamada también, época moderna del derecho internacional privado, caracterizada por la aparición del convencimiento de que el derecho internacional privado constituye una rama especial del derecho en general; a ello contribuyeron autores de Europa y de América, y surgieron de ello varias escuelas, por ejemplo las siguientes:

“Escuela angloamericana: en principio, los tribunales ingleses sólo aplicaban las leyes inglesas a los conflictos de leyes; bajo la influencia de la escuela holandesa, introdujeron la idea de la comity of nations o cortesía, aceptando así la extraterritorialidad de las leyes en ciertos casos. Hoy en día, a causa de que la noción de comity es muy vaga y subjetiva, está siendo reemplazada por la teoría de los derechos adquiridos de Beale y Dicey. Estados Unidos de Norteamérica, tributario en su sistema legal de Inglaterra, adoptó naturalmente las tendencias inglesas”.<sup>9</sup>

---

7 Larios, Carlos. **Derecho internacional privado**, pág. 35

8 **Ibid**, pág. 34

9 Orellana. **Ob. Cit.**, pág. 34.

Italia: la escuela italiana moderna sostiene que las leyes son personales, y por consiguiente siguen y acompañan a la persona; la ley aplicable en caso de conflicto es la ley personal que se considera ser la de la nacionalidad y rige la capacidad, el estado, los bienes pertenecientes a dichas personas y los actos jurídicos de las mismas. Convienen en que algunas excepciones sufren el principio de la nacionalidad.

Savigny, hace el planteamiento siguiente: “las reglas están destinadas a regir las relaciones de derecho, ahora bien, ¿cuáles son sus límites territoriales? ¿qué relaciones le están sometidas?”.<sup>10</sup> El derecho positivo es tributario de la educación, de la cultura, el clima, la psicología, etc. Las reglas de derecho positivo pueden dirigirse a las personas en sí mismas o a las relaciones de derecho, siendo estas últimas sobre un patrimonio (sucesión), obligaciones y la familia.

En el fondo siempre es la persona el objeto directo e inmediato de la regla de derecho, primero en sí misma y en sus diferentes relaciones. En caso de conflicto lo que procede es buscar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación; preguntarse ¿cuál es el dominio jurídico al que pertenece por su propia naturaleza la relación jurídica de mérito?. Lo lógico es que si se trata de la persona misma, deberá aplicarse el derecho positivo perteneciente a su domicilio; si se trata de contratos u obligaciones se aplicará la autonomía de la voluntad y el lugar donde se cumplirá; y finalmente, si se trata de bienes, el lugar de la situación o el domicilio del propietario. En resumen, la idea guía y fundamental es *la naturaleza de la relación jurídica*.

Este autor, ha tenido mucha influencia en América y Europa; destruyó el principio absoluto de la territorialidad de la ley y lo sustituye por la comunidad del derecho como punto central para la solución de conflictos. Algunos autores opinan que lo que introdujo en la doctrina Savigny fue un método de solución de conflictos. Introdujo lo que hoy en día se conoce con el nombre de puntos de conexión en la norma del conflicto.

---

10 Larios. **Ob. Cit.**, pág. 37.

Pillet, introdujo la distinción entre leyes que se dirigen a la persona y leyes que se dirigen a la sociedad; las primeras son extraterritoriales y las segundas son territoriales.

Bustamante, resume los problemas de los conflictos de leyes en tres preguntas: “1) ¿Por qué se aplican las leyes extranjeras en territorios que no son aquellos para los cuales fueron emitidas? 2) ¿Qué clase de leyes tienen o no eficacia extraterritorial y cuál es el motivo determinante de la diferencia? 3) ¿Qué instituciones o relaciones jurídicas corresponden a cada uno de los grupos de leyes antes mencionadas?”.<sup>11</sup> Al orden público interno pertenecen el estado, la capacidad, el derecho de familia, las sucesiones, algunas leyes penales como la que castiga la traición. Al orden público internacional pertenece el derecho político, constitucional, administrativo, el derecho penal, el derecho procesal general, el derecho de los bienes, la moral y las buenas costumbres. Bustamante plasmó todo lo anterior en el Código de Derecho Internacional Privado, Ley de Guatemala en la actualidad, fue él quien preparó el texto adoptado en La Habana, y es considerado una autoridad de talla no sólo americana, sino mundial.

En términos generales, puede afirmarse que desde el momento que en un contexto histórico dado se reúnen los presupuestos del derecho Internacional privado, antes examinados, la vida jurídica va a arbitrar respuestas a los problemas del tráfico externo. Desde esta perspectiva, no cabe duda de que estas consideraciones deberían tener como punto de partida el mundo grecorromano. No obstante, y aun subrayando la antigüedad clásica de un rico tráfico jurídico y de soluciones específicas a la problemática por él suscitada, se toma como momento inicial la llamada recepción del derecho romano. En efecto, es en la obra de glosadores y comentaristas de los siglos XII-XIV en la que la mayoría de la doctrina ha visto la primera reflexión científica sobre esta rama del derecho y en consecuencia donde mejor puede situarse los orígenes del Derecho Internacional Privado Moderno.

---

11 *Ibid*, pág. 36

## 1.2. Naturaleza del derecho internacional privado

La mayoría de autores se inclinan hoy en día por la posición que dice Larios: “El derecho internacional privado es una rama del derecho internacional en general”.<sup>12</sup>

En efecto, este por una parte puede dirigirse a los Estados en sus relaciones recíprocas o dentro de la comunidad internacional, o bien dirigirse a los particulares en su calidad de ciudadanos de estados diferentes, sometidos por consiguiente a sus propias leyes y eventualmente en conflictos cuando cada uno reclama la aplicación de su propia ley o de su propia jurisdicción, o de una ley o jurisdicción diferente a la que normalmente le sería aplicable. En el primer caso se tendría el derecho internacional público y en el segundo, el derecho internacional privado. Esta escuela es la más común en la actualidad, aun y cuando internacionalistas de gran capacidad no comulguen con ella.

Otros autores consideran al derecho internacional privado como una rama del derecho internacional público. En este contexto la materia se impartía como un aspecto, un punto o un capítulo del derecho internacional público.

“El derecho internacional privado es una rama del derecho privado interior, aunque pudiera confundirse con lo que constituye una de las principales fuentes del derecho internacional privado con el derecho mismo”.<sup>13</sup>

Muchas otras opiniones pueden haberse dado, sin embargo, el derecho internacional privado es una rama del derecho internacional general, en el medio de todas las mencionadas.

---

<sup>12</sup> **Ibid**, pág. 17.

<sup>13</sup> Orellana. **Ob. Cit.**, pág. 120.

El calificativo de jurídico aplicado al tráfico externo exige, como requisito previo, la existencia de una sociedad internacional en la que el mismo pueda desenvolverse. Ciertamente, de este dato no puede deducirse ni que el Derecho Internacional Privado sea una parte del Derecho Internacional Público, ni siquiera que las normas internacional-privatistas emanen de otras normas generales integradas en el Derecho de Gentes.

Ahora bien, esta referencia a la sociedad internacional como marco en el que se proyectan las distintas regulaciones estatales del tráfico jurídico externo, nos proporciona una de las claves del fundamento de esta disciplina, en aquellas de sus normas que reclaman la aplicación de un derecho extranjero o posibilitan la ejecución de decisiones dictadas por Tribunales extranjeros.

En efecto, esta colaboración entre ordenamientos jurídicos emanados de poderes políticos autónomos ha de verse como una manifestación en el ámbito del derecho del deber de cooperar del estado y uno de los grandes principios inspiradores del Orden Internacional de la Interdependencia.

La aplicación del término internacional, referido al Derecho Internacional Privado, no puede entenderse en el sentido de que sus normas se integran en el Derecho Internacional Público, fruto de acuerdo entre los Estados, ya que las fuentes de nuestra disciplina son básicamente internas, estatales. En consecuencia, el apelativo de internacional sólo se justifica en atención a la realidad que intenta regular, esa actividad de los particulares que se conecta con más de un ordenamiento jurídico; es decir una actividad que por realizarse por encima de las fronteras nos sitúa en un medio transnacional.

Por otra parte, el carácter casi exclusivamente interno de las fuentes formales del Derecho Internacional Privado no resulta contradicho por los esfuerzos que tienden a desarrollar el derecho convencional en la materia, ni por el fortalecimiento de las costumbres y prácticas de la comunidad comercial internacional, en la medida en que



su sanción jurídica se encuentra también en manos del Estado. Por todo ello, se está de acuerdo con el Profesor Carrillo Salcedo quien indica que: “El Derecho Internacional Privado se esfuerza en llevar a cabo una función supranacional con medios predominantemente internos, estatales”.<sup>14</sup>

En cuanto a la caracterización de esta disciplina como Derecho Privado, de nuevo sólo resulta correcta si la referimos a sus destinatarios. Visión finalista que insiste una vez más en el objeto de una rama del derecho, que al intentar ordenar el tráfico jurídico externo, de lo que se ocupa es de las relaciones o situaciones internacionales o transnacionales de los individuos.

### 1.3 Denominaciones

El nombre de *derecho internacional privado*, dado a nuestra materia, no siempre ha existido; aún en la actualidad, como se dijo antes, no es un nombre que satisfaga a todos los juristas. Entre los nombres, que en el curso de su formación ha recibido nuestra materia, se pueden mencionar los siguientes: *ius gentium*, *ius gentium privatum* en el contexto del derecho romano, conflicto de leyes, colisión de leyes, *comitas* o cortesía, derecho extraterritorial, derecho intermunicipal, derecho de las jurisdicciones combinadas, y otros.

### 1.4 Causas de la existencia del derecho internacional privado

Son esencialmente dos: a) la variedad legislativa; y b) la naturaleza cosmopolita del ser humano.

- La variedad legislativa: existe entre países que conforman la situación y existencia geopolítica del mundo. Para las mismas situaciones los estados han legislado diferentemente; por ejemplo la mayoría de edad, la edad para contraer matrimonio con plena capacidad, los elementos del contrato, la tipificación de los delitos, la

---

<sup>14</sup> Pérez Vega, Eloísa. **Derecho internacional privado**, pág. 34

tipificación de los actos civiles, etc. esta variedad encuentra su asiento natural en la diferencia de cultura, educación, amplitud, mentalidad, creencias religiosas, condiciones climáticas, facilidad de acceso a los medios de comunicación de masas, tradición, condiciones económicas, étnicas, psíquicas, etc. más aun, en el mundo actual existen diferentes sistemas legales: sistema inglés – common law – , sistemas socialistas, religiosos, codificados, tribales, etc., cada uno con intereses y fines últimos diferentes.

Al principio los juristas no vieron en toda esta diversidad sino una confrontación de soberanías, no hay que olvidar que el derecho internacional privado nació con la aparición de los estados, y que éstos en su infancia, como reacción natural a las situaciones anteriores vividas, fueron muy celosos de su soberanía.

- La naturaleza cosmopolita del ser humano: el ser humano es un ser sociable, que se relaciona con sus semejantes. Por otra parte, es inteligente y esencialmente inventivo. Su naturaleza lo inclina a tratar de mejorar, y este deseo lo ejercita por medio de sus relaciones en todos los planos, en todos los territorios. Se relaciona comercialmente, civilmente, etc. y a veces también se involucra plenamente.

Su deseo de mejorar lo lleva a relacionarse no sólo con las personas que poseen su misma nacionalidad, sino también con aquellos que son extranjeros. Al relacionarse puede hacerlo dentro o fuera de su territorio de origen, de su domicilio o de su residencia. Hoy en día los medios de transporte le facilitan el desplazamiento territorial; el desarrollo de sus instituciones transnacionales lo impulsa al desplazamiento en busca de mejoras. Los medios técnicos de comunicación – teléfono, fax, télex – lo llevan a establecer relaciones de índole, los cuales tocan a diferentes jurisdicciones. A pesar de todo, un hecho permanece inalterable, y es el de que los derechos adquiridos, sea donde fuere, permanecen y son respetados en todas las jurisdicciones.

## 1.5 Características del derecho internacional privado

El derecho internacional privado tiene como características principales las siguientes:

- Derecho interno, porque lo aplica un órgano interno y porque sus normas se encuentran en el derecho interno de cada Estado, generalmente; es decir, que sus normas forman parte de la legislación ordinaria de cada Estado, y se encuentran contenidas en las diferentes leyes;
- Derecho adjetivo, pues su función es indicar, señalar;
- Derecho particular, porque siempre existe un interés particular, persona;
- Derecho positivo, pues sus normas son ciertas y verdaderas; cada país las emite para dar facilidad de solución;
- Derecho nacional, como resultado de su positividad, se encuentra al interior de una nación;
- Derecho prejudicial, porque antes de aplicar el derecho de un determinado Estado, hay que acudir a la norma, prevalece sobre los intereses concretos de los Estados;
- Derecho público, porque no oye la intención o la voluntad de los individuos, son normas abstractas que se aplican sin discriminación;
- Derecho universal, porque es aplicable en y a todos los Estados;
- Derecho espacial, pues se aplica en el espacio.

## 1.6 Fuentes del derecho internacional privado

Las normas del derecho internacional privado, tradicionalmente aceptadas por la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de todos los Estados son: la ley interna, la costumbre, el tratado, la jurisprudencia, la doctrina, la tradición, el derecho romano. Dependiendo de los autores, reciben nombre diferente o están clasificadas diferentemente; es una cuestión de presentación.

- Ley interna: se refiere a la legislación propia de cada Estado; cada país tiene a su legislación interna, normas para solucionar conflictos o concurrencia de leyes. “Esto constituye un modo o forma individual, nacional de dar nacimiento al derecho internacional privado en contraposición al modo en forma colectiva, internacional”.<sup>15</sup> Esta primera fuente es la principal de todas, contrariamente a lo que sucede en el derecho internacional público; es muy exigua y poco sistematizada.
- La costumbre: también en el derecho internacional privado la costumbre es fuente de derecho, aunque no con la misma importancia que en el derecho internacional público. Se entiende por costumbre el actuar o repetir uniforme y prolongadamente en el tiempo, ciertos usos o actos de contenido jurídico en la esfera de las relaciones privadas de carácter internacional.

De la aplicación constante nacieron ciertos principios, como: el referente a la autonomía de la voluntad, la regla *locus regit actum* (el lugar rige el acto), la aplicación en el ámbito de los bienes, de la regla *mobilia sequuntur personae*.

La costumbre, como fuente, es importante.

- El tratado: algunos autores sostienen que los tratados son una forma especial de la primera fuente que es la ley interna. Es posible que intelectualmente así sea,

---

<sup>15</sup> Guzmán, Diego. **Tratado de derecho internacional**, pág. 79

pero en su origen no se puede afirmar que haya nacido de iniciativa interna como es la ley interna. Al igual que el derecho internacional público, el tratado adquiere cada día más importancia; se trata de un texto preciso y claro; en general codifica la costumbre. Entre los principales tratados se pueden mencionar: los tratados o convenios de La Haya sobre diferentes tópicos; el código de derecho internacional privado o convenio de la Habana o también llamado código de Bustamante; los tratados o convenios de Montevideo para algunos países de Sudamérica; más recientemente la convención interamericana sobre el régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero; la convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias; la convención interamericana sobre recepción de pruebas en el extranjero, etc.

- La jurisprudencia: se le llama también, fallo judicial, tanto nacional como internacional, es un medio de penetración importante en la práctica jurídica de las diferentes naciones, en una más, en otras menos; es claro que los Estados que tienen una vida comercial muy activa a nivel internacional cuentan con una jurisprudencia más desarrollada. La jurisprudencia tiene la ventaja de permitir, en ciertos sistemas, una vida dinámica en el derecho; la jurisprudencia no es simplemente reflejo de un actuar constante, de una interpretación fija, es esencialmente dinámica, permite al juzgador examinar cada día nuevos ángulos de aplicación o interpretación de una ley o precepto legal determinado.
- La doctrina: “Es el resultado de la labor intelectual científica de los estudiosos del derecho, contenida en sus libros, artículos de alta investigación, enciclopedias de valor científico, manuales de estudio, actas de congresos, conferencias, simposios, encuentros, seminarios, etc”.<sup>16</sup> f) Otras: en este renglón se incluyen, la tradición, los estatutos, el derecho romano, el derecho natural, que nos ayuda a comprender nuestras normas actuales; nos ilumina sobre el por qué de su existencia, y en algunos casos, sobre su significado exacto. El uso que de ellas se

---

<sup>16</sup> Larios, **Ob. Cit**; pág. 24.

hace en nuestra materia se hace sobre todo como puntos de referencia, ilustrativos de situaciones, etc.

#### 1.7. Relaciones del derecho internacional privado con otras ramas del derecho

El derecho internacional privado está relacionado con todas aquellas ramas del derecho en las cuales existe la posibilidad de un conflicto, debido a los diferentes contenidos sustantivos o adjetivos en los diferentes estados que conforman la comunidad internacional. En general, el derecho internacional privado está relacionado con el derecho civil, penal, procesal, notarial, laboral, marítimo, aéreo, espacial, administrativo, fiscal, mercantil e internacional público etc.

- El derecho civil: es tal la relación y la frecuencia de esta relación de parte del derecho internacional privado con el derecho civil, que al principio y en la actualidad, todavía algunos juristas consideran que el derecho internacional privado, como materia, debe llamarse con el nombre genérico de derecho civil internacional privado. Las cuestiones más directamente relacionadas y las más comunes en este campo son las atinentes a la capacidad civil, bienes, matrimonios, divorcios, obligaciones en general, contratos y sucesiones.
- El derecho penal: ha sido siempre consenso que las leyes penales son *territoriales*, razón por la cual muchos autores excluyen esta relación; además, cuestiones como la extradición y el asilo, muchas veces se incluyen dentro del estudio del derecho internacional público.

Aquí se establece que lo que más directamente interesa es incluir todos aquellos delitos cometidos por extranjeros en territorio ajeno, y que afectan a un Estado o personas de diferente Estado al del autor del delito, por ejemplo, la falsificación de la moneda, el tráfico de estupefacientes, falsificación de valores, etc.

- El derecho procesal: se refiere a aspectos como la naturaleza de las acciones judiciales, la competencia internacional, la naturaleza y aceptación de la prueba, la ejecución de sentencias extranjeras, el valor de cosa juzgada, la recepción de pruebas en el extranjero, la validez de los títulos ejecutivos, etc.
- El derecho notarial: aquí se consideran aspectos como validez de los documentos otorgados o provenientes del extranjero, validez de los documentos extendidos por los registros civiles, requisitos para que dichos documentos adquieran validez y fuerza probatoria en los diferentes estados, exigencia de la protocolización en algunos estados, formas externas de los documentos, etc.
- El derecho laboral: cuestiones relacionadas con la contratación de trabajadores extranjeros y sus consecuencias: indemnización, porcentaje legal de salarios comparado con el total de salarios devengados por los nacionales, accidentes de trabajo, condiciones mínimas de trabajo, respeto objetivo al derecho al trabajo frente a las prioridades nacionales, etc.
- El derecho marítimo: asuntos referentes a contratos de transporte – letras de transporte marítimo – accidentes, abordajes, contratos de ajuste de la gente de mar, contratos de fletamento, naufragios, hipotecas de buques, averías, asistencia, salvamento, seguros, pérdidas y daño a las mercaderías transportadas, etc.

El derecho aéreo: rama joven del derecho en general pero ya bastante desarrollada, cuestiones referentes a hipotecas aéreas, responsabilidad civil proveniente de lesiones o muerte, responsabilidad civil provocadas por atrasos en vuelos ordinarios, por daño, avería, extravío y pérdida de equipaje, carga y correo.

- h) El derecho espacial: aquí se puede incluir la responsabilidad civil proveniente de caída de objetos espaciales, interferencias provocadas por satélites estacionados

en el espacio, responsabilidad civil proveniente de la caída del contenido transportado por satélites supuestamente inofensivos, etc.

- El derecho administrativo: en nuestros tiempos, es común tener problemas provenientes del incumplimiento de contratos administrativos internacionales, por concesiones otorgadas a transnacionales y no respetados por cualquiera de las partes, etc.
- El derecho fiscal: aspectos relacionados con la calidad de comerciante, títulos de crédito, quiebras, fuerza probatoria de los libros de contabilidad, seguros, hipotecas prendarias, etc.
- Derecho mercantil: puesto que el derecho mercantil trata las relaciones entre los hombres constituyentes del comercio, utilizándose como medio para la circulación de los bienes entre los productores y consumidores; regulando así su relación contractual, como comerciantes individuales y sociedades lucrativas, los cuales atraviesan fronteras legales y económicas.
- Derecho Internacional Público. Para establecer su relación se puede referir a dos términos en particular: semejanzas y diferencias:

Semejanzas: En cuanto a sus semejanzas ambos descansan en la comunidad jurídica internacional, en la coexistencia pacífica y civilizada de los pueblos y en la búsqueda de la seguridad jurídica.

Diferencias: En cuanto a su objeto y sujeto, el derecho internacional público se refiere a los Estados y sus relaciones entre sí, a las organizaciones internacionales e intergubernamentales, políticas, económicas, sociales y de manera especial en algunos casos muy concretos al individuo (caso de los derechos humanos por ejemplo); el privado se ocupa de los límites en el espacio del poder legislativo en su ejercicio nacional e interior. En cuanto a sus fuentes, el público tiene como fuentes principales



la costumbre y los tratados; mientras que el privado tiene como fuentes principales la ley interna, los tratados y la costumbre en su orden jerárquico. En cuanto a sus sanciones, el público no tiene más sanción que la conciencia internacional y a veces la acción concertada de la comunidad internacional en sus diferentes formas; mientras que el privado basa la sanción en el poder judicial de cada país a su propia discreción y de conformidad con sus instituciones. En cuanto a sus órganos, el público no admite ningún órgano superior al Estado que pueda legislar para el conjunto de la comunidad internacional; mientras que el privado queda bajo la potestad y jurisdicción de las leyes nacionales. En cuanto a su utilidad, aunque esto sea discutido, el público es particularmente útil a los gobernantes, estadistas y políticos; mientras que el privado es de utilidad inmediata al abogado que litiga, al estudioso de las doctrinas jurídicas, etc.

#### 1.8. Principios del derecho internacional privado

Estos principios pueden ser clasificados en dos grandes grupos:

En primer término, los principios estructurales o sistemáticos del derecho internacional privado, integrados por aquellas pautas o criterios jurídicos directivos de los que no es posible extraer directamente resoluciones, pero que forman a partir de ciertos valores jurídicos el contenido de un sector de normas del derecho internacional privado, y que pueden ser determinados tanto inductivamente, analizando ese sector de normas, como históricamente, atendiendo al proceso de formación y desarrollo del sistema.

Este carácter lo poseen los principios de personalidad y de territorialidad del derecho, que encuentran expresión tanto por la existencia de una vinculación personal territorial con el ordenamiento al que pertenece, en el sector de la nacionalidad a través de los criterios del *ius sanguinis* y *ius soli* en la atribución de la nacionalidad de origen y, asimismo, en el sector de la tutela judicial de los derechos, del derecho procesal afirmando la competencia de nuestros tribunales en litigios internacionales sobre la

base de foros o criterios personales o territoriales. Se trata de principios abiertos, que permiten diversas concretizaciones.

En segundo lugar, se encuentran los principios de regulación o principios en forma de norma jurídica, que a diferencia de los anteriores, no se limitan a informar un sector del derecho internacional privado, sino que ofrecen ya una respuesta jurídica inmediata para regular situaciones de la vida privada internacional. Se trata, pues de principios que se condensan en una regla directamente aplicable.

Se diferencian de las normas generales en que les corresponde una destacada importancia en el conjunto de la regulación, pues expresan una línea directiva del sistema del derecho internacional privado.

Ejemplos de estos principios los encontramos en el sector de la contratación, en el principio de Autonomía de la voluntad, que permite a las partes elegir ellas mismas el derecho aplicable a su contrato, y en el sector de la regulación de la condición jurídica de los extranjeros, en los principios de igualdad y de reciprocidad, que suponen una idea de retorsión, en cuando se condiciona el goce de derechos por los extranjeros a que el ordenamiento del que proceden se atribuyan los mismos derechos a los nacionales.

## 1.9 Definición del derecho internacional privado

Por último, dentro del presente capítulo, y en virtud que ya se ha profundizado en el conocimiento del tema, se hace mención del significado de esta rama del derecho.

El derecho internacional privado: “Es el conjunto de principios que determinan los límites a la competencia legislativa de los estados, cuando ha de aplicarse a aquellas relaciones de la vida real que pueden estar sometidas a más de una legislación estatal”.<sup>17</sup>

---

17 Orellana, **Ob. Cit.** pág. 31

Asimismo, también se define: “como conjunto de principios, pues tiene el derecho internacional privado un carácter autónomo de ciencia, hecha abstracción de los sistemas positivos de derecho internacional privado, y es asimismo derecho, porque, al actualizar su parte puramente doctrinaria, ponen esos principios en acción para determinar la competencia legislativa de los estados”.<sup>18</sup>

Básicamente, el derecho internacional privado, se puede definir como un conjunto de principios que determinan los límites a la competencia legislativa de los estados, cuando ha de aplicarse a aquellas relaciones de la vida real que pueden estar sometidas a más de una legislación estatal.

El derecho internacional privado se encuentra diseminado en diferentes cuerpos legales; se puede clasificar en dos grandes grupos: a) aquel contenido en nuestras disposiciones internas; y b) aquél que se deriva de los tratados multilaterales y/o bilaterales firmados y ratificados por nuestro país.

- Disposiciones internas: Aquí se encuentran todas aquellas normas contenidas en las leyes internas, aquellas que proceden de su espíritu, de la equidad y de los principios generales de nuestro derecho. Son todas aquellas normas internas conocidas como normas de conflicto; por su importancia dichos cuerpos legales los catalogamos jerárquicamente en el siguiente orden: 1) la Constitución Política de la República de Guatemala, b) la Ley del Organismo Judicial Decreto 2-89 del Congreso de la República, Artículos 24 al 35 y del 37 al 44; 3) Ley de Nacionalidad; 4) Ley de Migración; 5) todas las otras leyes que en una u otra forma regulan a las personas individuales y jurídicas. Es importante no olvidar las disposiciones específicas sustantivas contenidas en el Código Civil y el Código Procesal Penal, los códigos procesales, las diferentes leyes impositivas, las leyes que se refieren a actividades industriales, comerciales, inversiones inmobiliarias o de capital; todas estas últimas leyes determinan dentro de nuestro

---

18 Muñoz, Enrique, **Derecho internacional privado**, pág. 45

ordenamiento jurídico el estatuto jurídico de los extranjeros, de las personas individuales y de las personas colectivas.

- En este segundo grupo se encuentra en primer lugar el Código de Derecho Internacional Privado, por algunos llamado *Código de Bustamante* en honor a quien con más ahínco trabajó en el anteproyecto y proyecto del mismo; luego otros tratados referentes a recepción de pruebas en el extranjero, exhortos o cartas rogatorias, conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, régimen legal de poderes para ser utilizados en el extranjero, etc.

La conferencia de Panamá en 1975, se conoce hoy como la primera conferencia especializada sobre derecho internacional privado; y en la misma, se aprobó seis convenciones sobre los siguientes temas: 1) conflicto de leyes en materia de cheques; 2) medidas cautelares; 3) eficacia extraterritorial; 4) arbitraje comercial internacional; 5) exhortos a cartas rogatorias; 6) prueba e información respecto del derecho extranjero; 7) normas generales de derecho internacional privado; y 8) protocolo adicional a la convención relativa a exhortos y cartas rogatorias; así sucesivamente se celebran de acuerdo a las realidades nacionales, políticas y jurídicas que las provocan.

Su aplicación se extiende a los Estados Partes, en otras palabras, es aplicación americana y naturalmente siempre y cuando los asuntos sean planteados por y ante un tribunal de los estados contratantes. Su modificación o enmienda debe ser presentada a la Conferencia Interamericana.



## CAPÍTULO II

### 2 Principio de autonomía de la voluntad

#### 2.1 Definición

Este principio del derecho internacional privado, puede adecuarse como una regla que indica que las partes tienen la facultad de someter la sustanciación y efectos de sus obligaciones a una ley determinada libremente elegida, es decir, son libres para elegir la ley que debe conocer o que debe ser aplicable en caso de controversia.

Se funda conforme al criterio civilista de que la voluntad individual es la primera regla de los actos humanos, siendo regla generalmente aceptada que las contrataciones legalmente celebradas son ley entre las partes. No es necesario que ellos determinen las cláusulas todas en un contrato. Les basta referirse a una ley cualquiera para que se les repute incorporada al contrato.

Tan amplia autonomía no reconoce otra limitación que las que se derivan de la organización política, el orden público y las buenas costumbres del país, cuyas leyes han de regir la relación jurídica que se procure contraer.

El principio de autonomía de la voluntad “es aquella facultad soberana de que gozan los individuos para regular sus derechos mediante un acuerdo de voluntades que adquiere entre las partes fuerza de ley”.<sup>19</sup>

Algunas personas lo entienden como la facultad ilimitada, y se olvidan que al interior de cada Estado, existen leyes de carácter imperativo y otras de carácter facultativo; contra las primeras, por muy soberana que sea la voluntad, no podrá estipularse. De otra parte la presumida, autonomía de la voluntad no es tal que cree la

---

<sup>19</sup> Larios, **Ob. Cit**; pág. 199

ley, sino más bien consiste en la libertad de estipular en el entendido de que si se viola una disposición imperativa, el mencionado acuerdo de voluntades será ineficaz.

En el ámbito del derecho internacional privado, la autonomía de la voluntad se entiende como la facultad de que gozan las partes de someter la sustancia y efecto de sus obligaciones a una ley determinada libremente elegida. La autonomía en este campo no consiste en crear una ley entre las partes, sino en estipular qué ley las regirá.

Doctrinariamente, este principio ha sido objeto de innumerables estudios y discusiones; históricamente ha atravesado por diferentes fases; y esencialmente se considera como una cuestión puramente psicológica dentro del proceso volitivo del cual se considera a la voluntad verdaderamente autónoma solamente en la fase de decisión.

De otra forma, se puede describir al Principio de la Autonomía de la Voluntad como la potestad que tienen los individuos para regular sus derechos y obligaciones mediante el ejercicio de su libre albedrío, representada en convenciones o contratos que los obliguen como la ley misma y siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, a la moral, al orden público o a las buenas costumbres.

Se puede designar a la Autonomía de la voluntad como fuente de las obligaciones contractuales, en el derecho interno así como lo reconoce nuestro Código Civil en el libro quinto, primera parte, de las obligaciones en general, título I del negocio jurídico, capítulo I de la declaración de voluntad. Esto equivale a afirmar un poder de los particulares para elegir el derecho rector de sus relaciones contractuales a partir del margen de libertad que les viene conferido por un concreto ordenamiento jurídico. De modo que es un ordenamiento jurídico conforme al cual se decide si es posible elegir un derecho distinto y en tal caso el cuantum de libertad de que gozan las partes.

La Autonomía de la voluntad desempeña ante todo una función de localización (autonomía conflictual). Junto a esa función debe distinguirse la facultad de las partes para fijar el contenido material de su contrato o autonomía material: “La distinción entre

una y otra dimensión del principio de la autonomía de la voluntad. Introducida en la doctrina por el español M. Virgos”.<sup>20</sup> La autonomía conflictual encuentra sus límites en el foro, los de la autonomía material se hallan dentro del ámbito del ordenamiento designado y concretamente de lo que dispongan las disposiciones imperativas de la ley.

Tomadas ambas dimensiones, se destaca la Autonomía de la Voluntad en los contratos; de una parte, una función de previsibilidad pues las partes sabrán de antemano conforme a que derecho se resolverán sus diferencias, y en conexión con esto, su papel es definitivo en tanto que se convierte en un mecanismo de resolución de conflictos.

De otra parte, satisface la necesidad de libertad y agilidad que precisan las partes en muchos contratos internacionales. Y es por esto que se afirma que el ejercicio de la Autonomía de la Voluntad facilita la realización de los intereses materiales de las partes.

En este sentido, tiene razón el profesor González Campos cuando señala que: “La autonomía de la voluntad en Derecho Internacional Privado más que un simple criterio de conexión en la norma de conflicto, es un auténtico principio de regulación.”<sup>21</sup>

La distinción es útil a otros fines. En primer lugar, permite distinguir las cláusulas de elección del derecho aplicable de las llamadas cláusulas de incorporación por referencia. Por las primeras se escoge el ordenamiento rector del contrato. Por las segundas cabe utilizar en el contrato condiciones generales de la contratación o designar usos del comercio internacional. Incluso se incorporan al contrato soluciones previstas por convenios internacionales vigentes en el ordenamiento designado, por ejemplo las disposiciones relativas a la obligación del vendedor en el contrato de compraventa de mercancías, tal y como resuelve el Convenio de Viena de 1990. Cabe admitir asimismo, lo que se ha denominado como congelación del derecho, para

---

20 **Ibid**, pág. 199

21 **Ibid**, pág. 200



referirse a la facultad de las partes en orden a incorporar en el contrato preceptos que hayan sido derogados o normas vigentes que, con el tiempo pueden ser modificadas, siempre y cuando respeten los límites fijados por el ordenamiento rector del contrato.

La distinción realizada anteriormente permite afirmar el carácter autónomo de la cláusula de elección frente al resto del contrato. Defender la autonomía de la cláusula de elección permite que la nulidad invocada por una de las partes pueda ser contratada a la luz del ordenamiento inicialmente competente. De lo contrario, se incurriría en un círculo vicioso: si el contrato es nulo y con él la cláusula de elección ¿conforme a qué ordenamiento jurídico se resolvería finalmente la cuestión? Pues bien, esta opción no es muy clara. El convenio de Roma en los Artículos tres punto uno y punto dos, afirma el carácter autónomo de la cláusula de elección con respecto al contrato y forzando a considerar su régimen jurídico.

## 2.2 Régimen jurídico para la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad.

La cláusula de elección recoge el acuerdo de voluntades de las partes por el que se designa el ordenamiento jurídico rector de los intereses mutuos de los contratantes. Una vez que se admiten tales cláusulas tres cuestiones son centrales para decidir su validez: el medio de expresión del consentimiento, el momento en que debe mediar y la cuestión de su existencia o veracidad.

La validez del contrato podría también ser cuestionada por una causa de incapacidad invocada por una de las partes con posterioridad a la celebración del contrato. Debe tenerse en cuenta que la capacidad es materia sujeta a la ley personal. Pues bien al disponer para los contratos entre presentes, que no se tendrá en cuenta la causa de incapacidad desconocida por la ley del establecimiento o residencia de ambas partes y prevista por la ley personal de quien la invoca, a menos que la otra parte la hubiera conocido o la hubiere ignorado en virtud de imprudencia por su parte. Es una concreción de la llamada teoría del interés nacional solución por la que se pretende seguridad del tráfico.

Es así como, se impide que la eventual declaración de nulidad del contrato contagie a la cláusula de elección antes de producir su efecto típico. Primero ha de mantenerse la ficción contractual con el fin de que la cláusula localice el contrato. Solo en un momento posterior y conforme a la ley así designada se declara, en su caso, la nulidad.

En cuanto al consentimiento debe recordarse que toda suerte de obligaciones convencionales tiene su base en la libre voluntad de las partes, que dentro de su esfera lícita de acción están facultadas para crear relaciones jurídicas, sujetándolas a la Ley que elijan de manera expresa o tácita. Impera aquí el universal principio de la autonomía de la voluntad, según el cual los contratos celebrados de acuerdo a la Ley son fuentes del derecho y obligaciones entre los contratantes y tiene respecto de ellas fuerza de ley.

Diversos textos legales vigentes en la República consagran este principio. “Charles Dumoulin, estatuario Francés del siglo XVI, fue el primero en sostener este principio que hoy ya no se discute, en contra de la opinión de los bartolistas que confundiendo la forma externa de los actos con la sustancia de los mismos, somete siempre cada contrato a la Ley del lugar de la celebración. ( Lex Loci Celebrationis).”<sup>22</sup> Pocos autores como el ilustre doctor Sánchez de Bustamante, ofrecen una noción tan clara y perfecta de esta regla de la autonomía de la voluntad, que él empleando una terminología nueva y más técnica designa con nombre de autarquía personal.

En su clasificación tripartita de las leyes, asigna un amplísimo margen a las leyes potestativas o de orden privado, en que el Estado cede su lugar a la voluntad expresa, tácita o presunta de las partes y determinan por ella y para ella las normas a que ha de sujetarse la relación jurídica. Estos preceptos, manifiestan la forma jurídica que adopta con más frecuencia la autarquía personal en materia que no afecta a los intereses colectivos del Estado ni a sus deberes substanciales de protección individual, siendo

---

22 Muñoz, **Ob.Cit**; pág. 108

estos el campo propio donde se ejercita esa autonomía de la voluntad, ese derecho que tienen las personas para regular a su arbitrio cierto número de relaciones jurídicas.

### 2.3 El consentimiento dentro del principio de autonomía de la voluntad

El imperio de las voluntades libremente manifiesta al otorgarse el consentimiento en los contratos, es el principio general que domina esta materia. El orden público traza las fronteras necesarias que circundan el ámbito de la voluntad autónoma, fijándose sus limitaciones.

Es importante subrayar las normas taxativas denominadas *Normae cogenti o ius cogens* sólo constituyen la excepción el límite preciso. Sus disposiciones restrictivas son el punto de partida de ese consentimiento creador de relaciones jurídicas, o sea la capacidad civil internacionalmente regulada por leyes personales, y el límite extremo: aquello que el Estado nos veda o nos manda por poderosas razones éticas, sociales o jurídicas, y cuyo mandato impera en su territorio por encima de cualquier decisión privada –*ius publicum privatorum pactis Mutare nequit*- como dice el aforismo latino.

### 2.4 Aplicación contractual

Se considera que en materia de contratos, las tres únicas excepciones al principio de la autarquía o autonomía de la voluntad, son el orden público internacional, el orden público interno y la regla *locus regit actum*. Todo lo que queda en el amplísimo sector enmarcado por estas tres únicas limitaciones, lo que llenan toda su plenitud la voluntad privada y las normas que suplen e interpretan.

Referirse a la autonomía equivale a tratar una de las tres formas típicas del derecho subjetivo: el poder de formación jurídica por virtud de la cual la norma atribuye al sujeto de derecho la facultad de determinar el nacimiento, la modificación o la extensión de relaciones jurídicas. Dentro de su esfera lícita de acción y con las limitaciones taxativamente marcadas por el orden público, los sujetos se convierten en

verdaderos legisladores de sus negocios jurídicos y de sus determinaciones contractuales son fuentes de normas individualizadas por rigor y eficacia de auténticas leyes para los contratantes.

Todas las normas dispositivas *ius dispositivum* (*derecho dispositivo*) ya sean interpretativas o supletorias, valen e imperan en cuanto no hay una declaración contractual en contrario y se justifican por la necesidad de declaración contractual en contrario y se justifican por la necesidad de llenar oscuridades y lagunas que deja la voluntad expresa en los pactos.

La decisión privada autárquica en la zona que el derecho le asigna, tiene no solo el poder de creación o formación jurídica para elaborar las estipulaciones contractuales, sino la facultad de sujetar sus relaciones a la ley que elija de modo expreso o tácito. Es por ello que la autarquía personal trasciende de su esfera doméstica del derecho civil y entra en contacto con el derecho internacional privado.

Este universal principio de la autonomía de la voluntad, según el cual los contratos celebrados de acuerdo con la ley son fuente de derecho y obligaciones para los contratantes y tienen respecto a éstos fuerza de Ley, encuadrándose en ciertos textos legales vigentes.

El creciente intercambio de unos países a otros, el prodigioso desarrollo del comercio entre súbditos de estados diferentes, dan a esta rama del derecho un interés máximo y ocasiona frecuentes problemas y conflictos al ponerse en contacto las diversas legislaciones. Sin embargo la regulación de las obligaciones fue en buena parte desatendida por la doctrina estatutaria que al encuadrar dentro de marcos rígidos, es estatuto personal y el estatuto real, el régimen de las personas y de los bienes, no dio cabida en ninguno de sus grupos a las obligaciones, ni se preocupó en fijarles una sede o asiento para la determinación de su naturaleza y efectos. Ha sido el pensamiento de los jurisconsultos posteriores, inspirado en las eternas fuentes del

Derecho Romano, el que aportó los elementos necesarios para la solución más o menos uniforme de los múltiples problemas que surgen en materia de contratación.

Las obligaciones originadas de actos lícitos, contratos y cuasi contratos, nacen de la voluntad libremente manifiesta de las partes o de su voluntad presunta. Los primeros según el unánime criterio de civilistas y legisladores requieren para su validez del concurso de ciertos requisitos que se agrupan en dos clases: requisitos intrínsecos y extrínsecos; los primeros relativos al fondo de la convención, comprenden la capacidad legal de las partes contratantes, su consentimiento libremente manifiesto, un objeto o cierta materia del contrato y causa justa de las obligaciones; los segundos se refieren a las solemnidades externas que la ley exige para el consentimiento constante en la forma debida de acuerdo al lugar de su celebración.

## 2.5 Extensión del principio

El principio de la autonomía de la voluntad queda excluido en lo referente a *capacidad*, ya que éste está sometido a la ley personal de las partes; *la forma* ya que ésta por la aplicación del principio *locus regit actum* no depende de la voluntad de las partes; *orden público* que es de observancia obligatoria; el caso en que no exista un potencial conflicto de leyes pues se trata de una cuestión sometida al derecho interno.

La autonomía de la voluntad en el Derecho Internacional Privado no es un principio que escape a toda regulación legal; no significa tampoco que las partes arbitrariamente puedan escoger la ley de antojo o preferencia; la ley escogida debe guardar relación con las partes, con el objeto del negocio, con el lugar de la celebración o con el lugar de su ejecución. Así por ejemplo: un contrato entre un guatemalteco y un mexicano celebrado en Estados Unidos para ser cumplido en Venezuela puede someterse por elección de las partes a la legislación de Guatemala, de México, de Estados Unidos o de Venezuela, pero en ningún caso a la legislación de Argentina ya que esta última no guardaría ninguna relación con las partes, el lugar de ejecución o el lugar de su celebración.

La autonomía de la voluntad en la escogencia de la ley aplicable debe respetar las disposiciones de orden público internacional, las buenas costumbres y la moral. El problema viene a veces de que en un contrato entre extranjeros o en un contrato a ejecutarse en Estado extranjero, las partes no siempre especifican la ley de su elección para regir el instrumento; en este caso el juzgador, en caso de conflicto, deberá proceder a examinar cuál fue la intención de las partes deducida de las circunstancias de celebración del compromiso.

El juzgador deberá siempre respetar lo más ajustadamente posible la intención de las partes.

Algunos estados como Francia aplican *a priori la lex loci contractus* (con prioridad la ley de lugar de celebración), si las partes son de diferente nacionalidad, y si pertenecen a la misma nacionalidad aplican la ley de la nacionalidad común; otros estados como Estados Unidos *a priori* aplican la *lex loci executionis* (ley del lugar de ejecución); y finalmente, Suiza procede al examen de la intención de las partes, que es la que es más aconsejable, ya que esto permite hacer la justicia a lo que realmente quisieron las partes y a determinar si hubo intención de cometer fraude de ley en cuyo caso de oficio el juzgador someterá el negocio a la ley que correspondería por su propia naturaleza.

Niboyet sostiene: “En presencia del silencio de las partes la ley facultativa se convierte en ley imperativa”.<sup>23</sup>

En Guatemala los Artículos 28, 29 y 30 de la Ley del Organismo Judicial parecen solucionar la cuestión al establecer como leyes alternativas para regir las formalidades externas de los actos, la forma de validez de los actos y el lugar de cumplimiento de los actos como son la naturaleza, validez, efectos, consecuencias y ejecución.

---

23 Larios, **Ob.Cit**; pág. 200

“La regla general de *locus regit actum* (el lugar rige el acto) o la *lex loci celebrationis* (ley lugar de celebración) o la *lex loci executionis* (ley del lugar de ejecución)”.<sup>24</sup>

## 2.6 Regulación legal

El principio de la autonomía de la voluntad se funda conforme el criterio civilista de que la voluntad individual es la primera regla de los actos humanos, siendo regla generalmente aceptada que las contrataciones legalmente celebradas son ley entre las partes. No es necesario que ellos determinen las cláusulas todas en un contrato.

Les basta referirse a una ley cualquiera para que se les repute incorporada al contrato. Tan amplia autonomía no reconoce otra limitación que las que se derivan de la organización política, el orden público y las buenas costumbres del país cuyas leyes han de regir la relación jurídica que se procure contratar. Este principio está contenido en el Artículo 1284 de nuestro Código Civil el cual establece que: “toda persona es legalmente capaz para hacer declaraciones de voluntad en un negocio jurídico, salvo aquéllas a quienes la ley declara específicamente incapaces”. Asimismo, el artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial establece que: “los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público, denominado por esta como Pacto de Sumisión”.

En igual forma, el principio de la autonomía de la voluntad lo encontramos en el Artículo dos del código Procesal Civil y Mercantil el cual establece: “Las partes pueden someter expresa o tácitamente a un juez distinto del competente por razón del territorio, el conocimiento y decisión de un asunto determinado...”

El principio de la autonomía de la voluntad, también está contenido en el Código de Derecho Internacional Privado en el Artículo 318 el cual expresa. “Será en primer

---

<sup>24</sup> *Ibid*, pág. 201.

término juez competente para conocer de los pleitos a que de origen el ejercicio de las acciones civiles y mercantiles de toda clase, aquel a quien los litigantes se sometan expresa o tácitamente, siempre que uno de ellos por lo menos, sea nacional del Estado contratante a que el Juez pertenezca o tenga en él su domicilio y salvo el derecho local contrario. La sumisión no será posible para las acciones reales o mixtas sobre bienes inmuebles, si la prohíbe la ley de su situación”.

Así también el Artículo 321 el cual dice: “Se entenderá por sumisión expresa la hecha por los interesados renunciando clara y terminantemente a su fuero propio y designando con toda precisión el juez a quien se sometan”.

Es así como se ve reflejado dentro de nuestra legislación las limitaciones que sufre el principio de autonomía de la voluntad en su aplicación pues hay que respetar la norma interna para no vulnerar el orden público.





## CAPÍTULO III

### 3 Principios que se relacionan con el de la autonomía de la voluntad en el derecho internacional privado.

Existen cinco principios que se relacionan directamente con el derecho internacional privado los cuales limitan directamente la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, los cuales son:

#### 3.1 Pacta sun servanda (los pactos deben mantenerse)

Es aquel principio que indica que los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a las leyes prohibitivas expresas o al orden público.

Este principio lo encontramos en el Artículo 31 de la Ley del Organismo Judicial dentro del capítulo II en lo referente a las normas de derecho internacional privado, el cual establece que los actos y negocios jurídicos se rigen por la ley a que las partes se hubieren sometido, salvo que dicho sometimiento sea contrario a leyes prohibitivas expresas o al orden público, aplicando la prorroga de la competencia.

Siempre que un derecho ha sido legítimamente adquirido en un Estado, de acuerdo con las leyes allí en vigor, debe ser reconocida su existencia por cualquier Estado en el que se pretenda hacer valer.

Los tribunales y las cortes de justicia tienen por misión proteger los derechos existentes, no crearlos; deben determinar la extensión de los derechos y las obligaciones correlativas. No refiriéndose esto a un conflicto de leyes, sino simplemente ante un acto que se llevó a cabo en una jurisdicción diferente a aquella ante la cual las partes desean hacer valer un derecho o hacer cumplir una obligación.

Por ejemplo, el caso de un matrimonio celebrado en un estado x, los contrayentes establecen su domicilio en el estado y en donde desean hacer valer los derechos adquiridos por el acto del matrimonio. La corte o tribunal del estado deberá, necesariamente, acudir a la ley del estado x para conocer los derechos y su extensión adquiridos en el estado x. Invariablemente lleva a la aplicación de una ley extranjera, pero sin que exista verdadero conflicto con una ley jurisdiccional local. Según Martens, “el respeto en cuestión constituye para todo estado una verdadera obligación jurídica”.<sup>25</sup>

### 3.2 Respeto internacional de los derechos adquiridos.

Este principio trata sobre el respeto y la eficacia de las contrataciones extranjeras, las cuales deben respetarse y producir efectos en un estado diferente al de su celebración siempre y cuando este no vulnere ningún derecho, es decir no contraría ninguna norma ni afecte el orden público, guardando así el respeto al principio *pacta sunt servanda*.

Su importancia se extiende en primer lugar a la eficacia de “sentencias extranjeras”, a los efectos del divorcio legítimamente obtenido, los efectos de reconocimiento de paternidad, los documentos otorgados en el extranjero, etc.

#### 3.2.1 Condiciones de la aplicación

Este principio está sujeto a tres condiciones:

- Que se haya adquirido un derecho;
- Que dicho derecho haya sido adquirido de conformidad con una ley vigente, esto quiere decir fundamentalmente que no sea un derecho inconstitucional y,

---

<sup>25</sup> Larios, **Ob.Cit**; pág. 63

- Que el respeto del mismo sea explícitamente invocado por las partes o por una de ellas.

### 3.2.2 Limitaciones

El principio aludido también reconoce ciertas limitaciones, a saber: a) que no se lesione el orden público interno ni las buenas costumbres a sabiendas de que la noción de orden público y de buenas costumbres es una noción muy relativa que depende de la cultura, educación, clima, religión, etc. de cada estado; b) que no exista imposibilidad material, que sea materialmente aplicable, es decir que el Estado en donde se está presentando la cuestión contenga también disposiciones que tiendan a preservar el mencionado derecho; a este propósito, Matos pone como ejemplo la garantía de la propiedad literaria, artística o industrial; es claro que si un Estado no reconoce éstas, no podrá pedirse en él el respeto a los mismos; c) que el derecho invocado todavía se reputa vigente en el país donde se adquirió; es claro que si en dicho estado ya prescribió, precluyó su ejercicio o simplemente fue declarado inexistente, no podrá exigirse su cumplimiento en otro estado, aún y cuando este último lo reconozca en su propia ley.

### 3.2.3 Fundamento del principio

La razón de ser del principio se fundamenta en: a) La seguridad jurídica necesaria a las relaciones jurídicas; b) la existencia de la comunidad internacional y la necesidad de la convivencia y respeto mutuo; los estados dentro de la comunidad internacional dependen unos de otros para la realización de sus distintos fines, y son tanto más interdependientes cuanto más desarrollados; piénsese en la materia prima, la venta de producto terminado, la transferencia de tecnología, las actividades tan amplias de las multinacionales y transnacionales, etc.; c) la naturaleza cosmopolita del hombre sin romper los lazos que los unen a su patria pues es capaz de establecer relaciones civiles y comerciales con todos los ciudadanos del mundo, con la seguridad que los derechos y obligaciones que adquiriera serán respetados en todas partes; y d) los

medios altamente tecnificados que ofrece hoy en día la sociedad para llevar a cabo operaciones comerciales, muchas veces ni siquiera se firman contratos sino que solamente se establece un acuerdo oral de caballeros de alto significado jurídico.

El Artículo 26 de la Ley del Organismo Judicial establece a este efecto: Derechos Adquiridos. El estado y capacidad de la persona individual extranjera adquiridos conforme a su ley personal, será reconocido en Guatemala si no se opone al orden público.

En este sentido los Artículos cinco y ocho del Código de Derecho Internacional Privado, establece lo siguiente: Artículo cinco. Todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el derecho político y el administrativo, son también de orden público internacional, salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario. Artículo ocho. Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este código tienen plena eficacia extraterritorial en los estados contratantes, salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional.

### 3.3 Lex rei sitae (ley donde se sitúa la cosa en litigio)

Este principio del Derecho Internacional Privado significa que los bienes muebles o inmuebles se rigen por la ley del lugar donde estén ubicados.

La distinción entre bienes muebles e inmuebles no se encuentra en el Derecho Romano y no es sino hasta en el feudalismo, donde ya se encuentra pertenecido los inmuebles a los señores feudales y los muebles a los vasallos.

Terminando el feudalismo, surgen principios de igualdad civil y libertad económica que contribuyen a quitarle al señor feudal dicho privilegio. Así la escuela estatutaria consideró que ambos bienes debían regirse por principios diferentes; la ley

del lugar para los bienes inmuebles, y la ley del domicilio del propietario para los muebles.

Modernamente Savigny, entre otros, introdujo un principio uniforme para ambos bienes: la ley de la situación, lo cual es aceptado modernamente por los tratadistas y por las convenciones internacionales, como el Tratado de Montevideo en su Artículo 26 y el Código de Bustamante en su Artículo 105.

Nuestra legislación vigente sigue la moderna doctrina dominante que considera que los bienes muebles e inmuebles se rigen por una sola ley, siendo ésta la ley de la situación o sea la ley del estado donde se encuentran los bienes.

Así, el artículo 27 de la Ley del Organismo Judicial establece, Situación de los Bienes: Los bienes se rigen de acuerdo a la ley del lugar de su ubicación. Y aún más específico en el Artículo 105 del Código de Derecho Internacional Privado el cual establece: Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación.

Este principio está fundamentado en la necesidad que tiene el Estado de salvaguardar su soberanía e independencia, por lo que los bienes muebles e inmuebles especialmente deben estar sometidos a la reglamentación del legislador del país cuyo territorio se encuentren.

#### 3.4 Locus regit actum (el lugar rige el acto)

Principio de Derecho Internacional Privado que significa que los actos jurídicos son regidos por la ley del lugar de su celebración.

El principio anteriormente expuesto, indica que no importa cuál sea la nacionalidad de las partes, la ley del lugar donde el negocio jurídico se celebre, regirá y determinará las formalidades extrínsecas de dicho acto. Así, si dos extranjeros o un extranjero y un guatemalteco, o dos guatemaltecos, celebran un contrato en Guatemala,

deberán sujetarse a las leyes guatemaltecas en lo referente a las formalidades exigidas por nuestras leyes vigentes.

Este principio está contenido en los Artículos, 28, 29 Y 30 de la Ley del Organismo Judicial los cuales establecen: Artículo 28. Formalidades externas de los actos. Las formalidades extrínsecas de los actos y negocios jurídicos, se regulan de acuerdo a la ley del lugar de su celebración. Artículo 29 Forma de validez de los actos. (Lex loci celebrationis). Las formalidades intrínsecas de los actos y negocios, se regulan de acuerdo a la ley del lugar de su celebración; Artículo 30. Lugar de cumplimiento de los actos. (Lex loci executionis). Si el acto o negocio jurídico, debe cumplirse en un lugar distinto a aquel en que se celebró, todo cuanto concierne a su cumplimiento, se rige de acuerdo a la ley del lugar de ejecución.

En este sentido, también nuestra legislación acepta que si un contrato se ha celebrado en el extranjero, en México por ejemplo, y que debe surtir sus efectos en Guatemala, en ese contrato se deberán observar las formalidades extrínsecas exigidas por las leyes del lugar donde fue otorgado: México.

El tratado de Montevideo, pretendiendo someter la contratación de una Ley única, optó por la Ley del lugar de la ejecución, criterio que se refleja en los conceptos fundamentales modernos.

“El doctor Matos, siguiendo a Despagnet, Fiore y otros autores, es partidario de optar como presunción de la voluntad, la ley del lugar en que se celebró el contrato, salvo prueba en contrario”;<sup>26</sup> pues en su concepto no es probable que los contratantes al determinar la sustancia y efectos jurídicos de la obligación, se haya querido referir a la ley del lugar donde va a ejecutarse, ya que esta ley es la que los contratantes tienen a la vista y conocen, lo que no pasa con la del lugar de la ejecución que puede variar en muchísimos casos.

---

26 Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 106

Por otra parte, tratándose de contratos sinalagmático, cada uno de los contratantes puede ejecutar sus obligaciones en distintos lugares y entonces, una misma obligación quedará sujeta a las leyes distintas o aún contradictorias, y no es de suponer que las partes conozcan las reglas de los lugares donde tiene que cumplir sus compromisos.

El origen histórico de esta regla se remonta a la época de los postglosadores, con motivo de las solemnidades externas para la validez de los testamentos: el derecho común, también llamado derecho civil, exigía la presencia de siete testigos, y en Venecia solo eran precisos dos. Los estatuarios reconocieron la validez de estos actos sujetos en cuanto a las formalidades externas y a la Ley, aún cuando hubieren de surtir efectos fuera del estado.

Con no pocas dificultades logró esta regla ser aceptada por los estatuarios holandeses y franceses, apegados a la territorialidad estricta del derecho; pero una vez admitida se ha tenido desde entonces como un principio universal.

André Weiss en su doctrina sobre la personalidad del derecho, establece, “entre sus tres excepciones, además de la Autonomía de la voluntad y el orden público absoluto, la regla *Locus Regit Actum*”.<sup>27</sup>

Acerca de la regla *locus* se han suscitado controversias a propósito de su carácter imperativo o potestativo. Foignet distingue dos casos: “el primero lo considera potestativo, cuando se trate de actos unilaterales, como los testamentos y cuando un acto bilateral, un contrato, se celebra entre dos personas sujetas a una misma ley personal; en el segundo caso la considera obligatoria cuando se trate de un acto auténtico, o cuando no concurre en actos bilaterales la identidad de las leyes personales”.<sup>28</sup>

---

27 **Ibid**, pág. 106

28 **Ibid**, pág. 107



Con excepción a la regla, el mismo autor opone las leyes relativas a los bienes inmuebles, cuyo carácter imperativo incluye aquel principio general.

Otra restricción de la regla *Locus*, según algunos autores tiene lugar cuando los contratantes van al extranjero a celebrar un acto para evitar las formalidades exigidas por su ley personal, o sea lo que llaman los tratadistas *in fraudem legis*: la nulidad de tales actos se impone si concurren las circunstancias de probarse fraude, y si sólo la ley sanciona la infracción con tal nulidad; pero sólo se trata de formalidades fiscales, impuesta la multa correspondiente, el acto queda válido.

#### 3.4.1 Excepciones a la regla *locus regit actum* (el lugar rige el acto).

-Cuando los documentos han sido otorgados ante los oficios de una autoridad diplomática o consular, debidamente facultada para autorizar dicho contrato, o ante Notario del Estado donde los documentos deban surtir efectos, tal el caso del Artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial que estipula: Actuación notarial en el extranjero. Los funcionarios diplomáticos y consulares guatemaltecos, cuando sean notarios, están facultados para hacer constar hechos que presencien y circunstancias que les consten y autorizar actos y contratos en el extranjero que hayan de surtir efectos en Guatemala.

Asimismo podrán autorizarlos los notarios guatemaltecos y todos lo harán en papel simple, surtiendo sus efectos legales como acto notarial a partir de la fecha en que fueren protocolizados en Guatemala. La protocolización se hará en la forma que establece el Artículo 38 de esta Ley.

De la misma manera, dentro del cuerpo legal citado con antelación, dentro del Artículo 38. Protocolización. Además de los requisitos indicados en el artículo anterior los poderes o mandatos, así como los documentos que proceda inscribir en los registros públicos, deberán ser protocolizados ante notario y las autoridades actuarán con base en los respectivos testimonios, los cuales serán extendidos en papel sellado del menor

valor, dando fe el Notario de que el impuesto respectivo ha sido pagado en el documento original.

Es preciso recordar que ya no existe papel sellado, por lo que se utiliza papel ordinario tamaño legal. Asimismo el Código de Notariado establece, Artículo seis, inciso segundo lo siguiente: Pueden también ejercer el notariado. Los cónsules o los agentes diplomáticos de la República acreditados y residentes en el exterior, que sean Notarios hábiles conforme esta ley. Este último caso surtirá como los otros, efectos en Guatemala.

- Cuando se trata de actos o contratos privados en que la ley no declare forma específica por su otorgamiento, tal el caso del Artículo 1256 del Código Civil y del Artículo 32 de la Ley del Organismo Judicial.

### 3.5 Lex fori (ley del foro)

Regla del Derecho Internacional Privado que se expresa diciendo que los procesos judiciales y sus incidencias, cualesquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a las leyes procesales del Estado en cuyo territorio se promueva la acción, es decir, el derecho que rige y regula el proceso, es el que rige en el lugar donde se ventila el litigio. Esto significa que si un extranjero plantea una demanda en Guatemala, el proceso se regirá por las leyes procesales guatemaltecas.

Este principio está contenido en los Artículos 33 y 34 de la Ley del Organismo Judicial que establecen; Artículo 33. De lo Procesal. La competencia jurisdiccional de los tribunales nacionales con respecto a personas extranjeras sin domicilio en el país, el proceso y las medidas cautelares, se rigen de acuerdo a la ley del lugar en que se ejercite la acción. Artículo 34 de la jurisdicción. Los tribunales guatemaltecos son competentes para emplazar a personas extranjeras o guatemaltecas que se encuentren fuera del país, en los siguientes casos: a) cuando se ejercite una acción que tenga relación con actos o negocios jurídicos realizados en Guatemala; b) cuando se ejercite

alguna acción concerniente a bienes que estén ubicados en Guatemala; y c) cuando se trate de actos o negocios jurídicos en que se haya estipulado que las partes se someten a la competencia de los tribunales de Guatemala.

En el mismo sentido se manifiesta el Código de Derecho Internacional Privado en sus Artículos 340, 341 y 343. Como caso de excepción se tiene la inmunidad de Jurisdicción de que gozan los agentes diplomáticos, los estados y jefes de estado extranjero.

La aplicación de cada uno de los principios dentro del derecho internacional privado, limita de forma clara y precisa la autonomía de la voluntad, pues ya que se debe estudiar cuales son los efectos de ese negocio o acto jurídico, para establecer que no afecta las normas internas de cada estado, así también como la ejecución del mismo pues es preciso aclarar el lugar donde ha de surtir efectos como tal.

## CAPÍTULO IV

- 4 La capacidad, la forma y el orden público como limitantes de la aplicación del derecho internacional privado con relación al derecho interno guatemalteco.

Extrema complejidad revisten las obligaciones convencionales al proyectarse al campo del Derecho Internacional Privado. Sin lugar a duda, puede afirmarse que, con las cuestiones sucesorias, la materia más ardua y compleja así como la más fértil en problemas, al entrar en concurrencia normas de diversos estados, es la relativa al derecho contractual.

El creciente intercambio de unos países a otros, el enorme desarrollo del comercio entre nacionales de estados diferentes y la peculiar naturaleza de las relaciones jurídicas que generan los convenios, dan a esta rama del derecho privado un interés máximo y originan constantes problemas al ponerse en contacto las diversas legislaciones.

Guatemala adopta en buena parte orillada por la doctrina estatutaria que, al encuadrar dentro de marcos rígidos, el estatuto personal y el estatuto real, el régimen de las personas y de los bienes, no asignando en ninguno de sus grupos el sitio preciso de las obligaciones contractuales, ni se preocupó por fijarles una sede o asiento para la determinación de su naturaleza y consecuencias. Ha sido un pensamiento de los jurisconsultos posteriores el que aportó a la técnica jurídica los elementos necesarios para la solución más o menos uniforme de los múltiples problemas de Derecho Internacional que la contratación plantea.

Las obligaciones derivadas de actos lícitos, contratos y cuasi contratos, nacen de la voluntad libremente manifiesta de las partes o de su voluntad presunta. Los primeros, según criterio unánime de legisladores y civilistas, requieren para su validez del concurso de varios requisitos que la doctrina clasifica en dos grupos: intrínsecos y extrínsecos. Los primeros relativos al fondo del acto o contrato, comprenden la

capacidad legal de las partes, su consentimiento libremente manifestado, un objeto o materia cierta del contrato y causa justa de la obligación. Los segundos se refieren a las solemnidades externas exigibles para que el consentimiento conste en la forma debida. Se alude a estas cuestiones que pertenecen a la esfera del Derecho Civil, sin insistir desde luego en sus detalles y particularizaciones, tan sólo como antecedente o supuesto necesario para el desarrollo de los problemas de Derecho Internacional Privado que la contratación origina.

No en todos los casos en que la norma de derecho internacional privado da competencia para regular una determinada relación jurídica a la ley de un país extranjero, es ésta susceptible de aplicarse. Por el contrario, son frecuentes los supuestos en que determinados obstáculos se oponen a que la situación se rija por esa legislación normalmente competente. Uno de estos obstáculos, que se encuentra admitido en todos los sistemas de normas conflictuales, es el que se conoce con el nombre de orden público.

La regla de conflictos, por su propia estructura generalmente indirecta, crea al legislador que la sanciona como al juez que hace entrar en acción en una situación de inseguridad y de duda. Se ha dicho con acierto que la norma de colisión supone un salto en el vacío porque entraña la remisión a un derecho extranjero cuyas disposiciones no se conocen perfectamente, las cuales pueden tener incluso una inspiración y orientación muy distintas a las que primitivamente pudo tener en cuenta el legislador que indicó como más justa esa legislación foránea para resolver el caso.

Todo esto obliga a tomar medidas de garantía y explica que en el fondo de toda norma de derecho internacional privado se halla implícita una cláusula de reserva, porque la norma extranjera declarada competente por la regla de conflictos puede hallarse en abierta pugna con principios morales, sociales o jurídicos esenciales para el estado en cuyo territorio ha de recibir aplicación. En tales casos, el Estado pone una valla a la aplicación de la ley extranjera: el orden público.

La verdad es que el orden público nos hace entrar en una materia totalmente diferente a las que hasta ahora hemos estado tratando.

En las páginas anteriores pretendíamos demostrar que cada país posee su propio Derecho Internacional Privado y muy en especial Guatemala, su propio sistema de ponerlo en práctica. Pero si entre varios países no existe conflicto alguno en cuanto a la ley aplicable ni en cuanto a la calificación, no obstante esta uniformidad, el obstáculo del orden público se presenta en algunas oportunidades; y ello cada vez que la ley extranjera aplicable en virtud de lo dispuesto por las normas conflictuales, es contraria a las instituciones fundamentales del país en que va a recibir aplicación, o a sus principios, costumbres o intereses jurídicos, morales o sociales en un grado tal, que aceptar la aplicación de dicha ley significaría dar a la cuestión debatida una solución injusta, inconveniente o peligrosa.

Se hace, pues, necesario que los tribunales puedan, en estos casos, limitar o descartar esa ley extranjera por herir gravemente, por ser contraria al orden público del país en que se pretende aplicar.

#### 4.1 La capacidad

Es necesario partir indicando que la capacidad es un atributo de la personalidad, la cual comprende aquella: "Aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones de derecho o titular de relaciones jurídicas".<sup>29</sup>

El concepto de capacidad tiene vigencia considerándola, como la aptitud, derivada de la personalidad, que toda persona tiene para ser titular, como sujeto activo o pasivo, de relaciones jurídicas, o bien de derechos y obligaciones, aptitud que llega a tener concreción en la dinámica del mundo jurídico, ya por virtud de la propia ley que lo permite aunque la persona esté en incapacidad física de expresar su voluntad, o bien por un proceso en que la voluntad es expresada libremente.

---

29 Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**, pág. 29

La capacidad jurídica es considerada como una aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, asimismo como un atributo de las personas, que debe reconocer y otorgar derechos.

#### 4.1.1 Clases de capacidad

La actividad jurídica y especialmente en el ámbito contractual, la persona puede estar colocada como titular de determinados derechos o de determinadas obligaciones, o bien en la situación de querer o tener que ejercitar derechos o cumplir obligaciones. Ello ha dado lugar a que surja la clásica distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio.

- Capacidad de derecho. Se le denomina también capacidad de goce. Consiste en la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, de la cual están dotados todos los hombres, así también como aquella aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación.
  
- Capacidad de ejercicio. Se le denomina, también, capacidad de obrar, o de hecho. Consiste, según Espín Canovas, “en la aptitud para ejercitar derechos”.<sup>30</sup> Se describe también como la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos, de celebrar en nombre propio actos jurídicos, de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

Esta capacidad se adquiere cuando la persona individual cumple determinada edad, lo cual nuestro ordenamiento jurídico establece que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, entendiéndose que por ese hecho la persona se encuentra en

---

30 **Ibid**, pág. 30.

el pleno goce de sus facultades mentales, de su capacidad jurídica total, a menos que en ella se tipifique alguna forma de incapacidad prevista por la ley.

Puede afirmarse, en otro orden de ideas, que durante la minoría de edad la persona tiene capacidad de derecho, pero no de ejercicio; en esa misma situación se encuentran, los declarados en estado de incapacidad.

La afirmación anterior, lleva consigo aceptar que los derechos y obligaciones del menor o del incapacitado quedarían estáticos hasta que aquel adquiriera la capacidad de ejercicio por la mayoría de edad o el incapacitado recobrar su capacidad jurídica plena; lo cual sería como aceptar la paralización del normal desarrollo de importantes aspectos de la actividad jurídica, en especial de los negocios jurídicos, lo cual es inadmisibles por razón de la dinámica misma de lo jurídico.

Para obviar esa situación, el derecho ha creado instituciones que además de cumplir una función protectora de la persona del menor o incapaz, cumple la función de garantizar el ejercicio o cumplimiento en tiempo oportuno de los derechos y obligaciones de aquéllos, permitiendo y facilitando así el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas.

#### 4.1.2 Limitaciones a la capacidad de obrar

La capacidad genérica de obrar de una persona sólo se verá reducida si se le considera jurídicamente incapaz o se encuentra incapacitado. Así pues, incapacidad o incapacidades dibujan el aspecto negativo de la capacidad de obrar.

En efecto, la aptitud de la persona para realizar eficazmente actos jurídicos puede verse limitada o restringida bien por circunstancias derivadas de ciertas concreciones de su estado civil o por la apreciación judicial de una causa tipificada por la ley como generadora de tan grave consecuencia.



Existen fundadas razones históricas y teóricas para incluir el estudio de las limitaciones a la capacidad de obrar en el ámbito del estatuto personal. Ubicación que, sin embargo, no puede hacer olvidar las repercusiones que la presencia, actividad y propiedad de los incapaces tienen sobre la colectividad en que se integran, de hecho o de derecho.

Y es precisamente por sus consecuencias sociales, por lo que en la respuesta a la cuestión básica, que se centra en la determinación de los supuestos que comportan restricciones a la capacidad de obrar, hay que tener en cuenta que éste es un punto que cada sistema jurídico determina autónomamente, con relación a sus concepciones fundamentales respecto de la organización económica, social jurídica de la sociedad en que se aplica.

En el derecho guatemalteco, la minoría es un supuesto de incapacidad en sentido estricto, dentro de la problemática de la minoría de edad, desde la óptica del tráfico jurídico externo, interesa dilucidar, en este contexto, cual sea la ley aplicable a la duración y a las consecuencias de la minoridad.

La determinación de la ley aplicable para establecer, tanto el momento en que el individuo alcanza la mayoría de edad como cuáles sean las incapacidades concretas que se deriven de la minoridad, se realiza otorgando competencia a la ley nacional del menor.

En ciertos supuestos y en interés del menor la generalidad de los sistemas jurídicos admite ciertas anticipaciones de su capacidad de obrar. Dada la inspiración general del Derecho Internacional Privado, la mayoría de la doctrina se inclina a regir estas capacidades especiales por la ley personal del menor, aunque cabría pensar en su posible sumisión a la *lex causae*.

Al tratarse de instituciones desconocidas en ciertos sistemas jurídicos, la determinación de la ley que ha de regir su admisibilidad, así como el establecimiento de

los actos que el menor puede realizar por sí mismo, frente a aquellos otros respecto de los que su capacidad de obrar se encuentra restringida, constituye el problema central que se plantea en el ámbito del derecho internacional privado.

En principio, ante la diversidad de tipos o formas que puede revestir la mayoría de edad cabría detraer el tema del estatuto personal, para situarlo en la órbita de esas otras relaciones jurídicas de las que dependen. No es éste, sin embargo, el enfoque que recibe dicha problemática en nuestro sistema. Así, una constante jurisprudencia registral muestra que es la ley nacional del menor la que rige la capacidad para ser emancipado.

Cuando se presume la plena capacidad de obrar de los mayores de edad, el establecimiento de limitaciones a la misma, requiere una declaración judicial apreciando que en la persona en cuestión concurre alguna de las causas tipificadas legalmente.

La figura jurídica de la incapacidad, exige pues la concurrencia de dos presupuestos esenciales: la existencia de una causa prevista por la ley, y junto a este requisito, el también indispensable documento donde se acredite la declaración judicial.

El principal efecto de una declaración de incapacidad es el que limita la capacidad de obrar de la persona sobre la que recae, sometiéndole a tutela, de este modo, el estudio de las incapacidades ha de completarse con el examen de los mecanismos de protección de los incapacitados; un examen que ha de hacerse en cerrado paralelismo con el tratamiento que el tema recibe en relación con los menores.

En efecto, éste es un sector de problemas especialmente favorable a la invocación del orden público que, por ejemplo, desempeñará sin duda un papel decidido cuando la incapacidad de un nacional haya sido dictada en el extranjero sobre la base de una causa distinta de las taxativamente enumeradas en nuestro Código Civil.

#### 4.1.3 Mecanismos para completar o suplir la capacidad de obrar

Resulta evidente que las razones que presiden, en cada sistema jurídico, el establecimiento de las causas que determinan o pueden determinar la limitación de la capacidad de obrar de las personas físicas, responden a una voluntad tuitiva, tanto de los individuos, como de la colectividad en que se integran, de hecho o de derecho. Con mayor fuerza aún, esa doble orientación de la voluntad protectora de los ordenamientos jurídicos, se manifiesta en los mecanismos arbitrados para completar o suplir la capacidad de las personas a las que el mismo derecho limita la capacidad de obrar.

En efecto, la problemática que plantea la protección de los incapaces pone de relieve en toda su agudeza la tensión entre lo individual y lo colectivo, como subraya una evolución histórica que se desarrolla entre ambos polos de atracción. Un proceso que no se ha traducido en el desplazamiento de anteriores soluciones, sino fundamentalmente en una toma de conciencia de la complejidad de las cuestiones planteadas y, en consecuencia, de la necesidad de recurrir a respuestas igualmente complejas, en las que con frecuencia intervendrán todos los tipos normativos propios del derecho internacional privado.

Y es que, las repercusiones que la presencia y actividad de los incapaces tienen sobre su entorno ha conducido a que los mecanismos que la ley establece para su protección ya no puedan quedar circunscritos al ámbito familiar, en que de modo natural se proyecta el individuo. De ahí que, en nuestros días, el estudio de los mecanismos jurídicos destinados a completar o suplir una imperfecta capacidad de obrar haya de distinguir entre la protección ejercida dentro del círculo familiar y la que se opera fuera del mismo. En el primer caso, la naturaleza protectora de los mecanismos vinculados a la familia se manifiesta en las disposiciones que intentan controlar que su ejercicio se realice en interés de los incapaces. En segundo plano, extraordinario desarrollado en las últimas décadas, la función tuitiva que tienen las

instituciones que la arbitran nunca ha sido puesta en duda, justificando el recurso a nociones jurídicas fuertemente impregnadas por el derecho público.

En cuanto a la capacidad de los contratantes, el criterio es unánime; forma parte del estatuto personal y queda sometido a la ley personal de las partes, ya sea que se adopte el sistema del domicilio o el de la nacionalidad.

#### 4.2 La forma

La Ley del Organismo Judicial en el Artículo 28 consagra que la regla que técnicamente se conoce con la designación de *Locus Regit Actum* (rige el lugar de los actos), según la cual las formas y solemnidades externas de actos y contratos deben sujetarse a la ley del lugar de su otorgamiento.

“El origen histórico de esta regla se remonta a la época de los postglosadores, con motivo de las solemnidades formales para la validez de los testamentos: el derecho común exigía la presencia de siete testigos y para el estatuto veneciano bastaban dos. Los estatuarios reconocerían la eficacia de estos actos de última voluntad otorgados en Venecia de acuerdo con las formalidades externas de su estatuto, aún cuando hubieren de surtir efectos fuera de la República”.<sup>31</sup>

Con no pocas dificultades logró esta regla ser aceptada por los estatuarios holandeses y franceses, apegados a la territorialidad estricta del derecho; pero una vez admitida, se ha tenido desde entonces como un principio universal.

Adré Weiss, en su doctrina sobre la personalidad del derecho establece, “entre sus tres famosas excepciones, además de la autonomía de la voluntad y del orden público absoluta, la regla *locus regis actum*.”<sup>32</sup>

---

31 Perezniето, Castro Leonel. **Derecho internacional privado**, pág. 105

32 **Ibid.**

La regla de locus ha suscitado controversias en cuanto a su carácter imperativo o potestativo, Foignet distingue dos casos: “en el primero, la considera potestativa cuando se trata de actos unilaterales, como los testamentos y cuando un acto bilateral se celebra entre personas sujetas a la misma ley personal; en el segundo caso la considera obligatoria, si se trata de un acto auténtico, para cuya autorización los oficiales públicos no pueden aplicar formas distintas a la que fija su ley, y cuando en negocios bilaterales no concurre la identidad de las leyes personales entre las partes”.<sup>33</sup>

Como excepción a la regla, el mismo autor señala las leyes relativas a los bienes inmuebles cuyo carácter imperativo excluye aquel principio general. En ciertos actos como el testamento ológrafo (no reconocido por la legislación guatemalteca) en que falta toda solemnidad, se discute si su celebración de acuerdo con las leyes locales puede, por aplicación de la regla citada, tener validez extraterritorial. El doctor Sánchez de Bustamante se pronuncia por la negativa, sosteniendo que: “la regla Locus supone alguna formalidad intrínseca y que es inaplicable en casos de ausencia absoluta de formalidades”.<sup>34</sup> Pillet y los otras internacionalistas franceses opinan en el mismo sentido; el Código de Derecho Internacional Privado preceptúa que son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado, el ológrafo y el verbal y las que lo declaran acto personalísimo, Artículo 148.

Otra restricción a este principio tiene lugar cuando los contratantes van al extranjero a celebrar determinados actos jurídicos soslayando las formalidades exigidas por su ley personal, o sea lo que los tratadistas llaman in “frauden legis”.<sup>35</sup>

#### 4.3 El orden público

Se denomina orden público a la excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en virtud de la cual se descarta la aplicación de la ley extranjera contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

---

33 Muñoz, **Ob. Cit**; pág. 111

34 **Ibid**; pág. 101

35 **Ibid**, pág. 102

Al establecer normas de conflicto, el legislador de un salto en la oscuridad, potencialmente admite la aplicación en el foro de cualquier derecho extranjero, por distinto que sea del suyo. Ahora bien, para evitar riesgo que esta situación entraña es por lo que se admite que al lado del conjunto de normas de conflicto dictadas por el legislador exista un límite general a su funcionamiento, que es lo que se conoce como orden público internacional.

El orden público internacional debe distinguirse del orden público interno y de las normas materiales imperativas denominadas a veces leyes de orden público. El orden público interno está formado por el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento jurídico; es decir, por aquellas normas que no son renunciables por las partes, y a cuyo cumplimiento no puede sustraerse la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, el orden público internacional es un concepto mucho más restringido, pues comprende únicamente aquel sector del derecho imperativo absolutamente irrenunciable, incluso en presencia de relaciones jurídicas con un elemento extranjero.

Las normas materiales imperativas para el tráfico externo, que antaño se llamaba de orden público, son normas rigurosamente imperativas que dan una solución sustantiva, material y directa a los supuestos de tráfico externo, asimilando su regulación a la de los de tráfico interno.

Pueden diferenciarse del orden público internacional en atención a dos datos. En primer lugar, por su relación con la norma de conflicto. Las normas materiales actúan en lugar de la norma de conflicto, impidiendo que ésta opere, mientras que la excepción de orden público actúa después de que la norma de conflicto haya realizado una remisión al derecho extranjero, cuya aplicación es contraria a los principios fundamentales de derecho.

El orden público es un concepto esencialmente problemático. La posesión de un concepto, de una definición de orden público, es tarea muy complicada, irrealizable si se aspira a lograr una noción rígida preceptiva y, al mismo tiempo, material. Pillet, por su parte, dice que el acuerdo unánime acerca del principio de orden público cesa desde el momento en que es necesario precisarlo.

Los autores no formulan un concepto científico y acabado de esta expresión, debido a que, seguramente, no existe en el derecho noción más difícil de definir y que haya dado lugar a más interpretaciones que ésta; y ello debido a la impresión y a la mutabilidad de los conceptos en que descansa.

El orden público se presenta variable, relativo, movedizo, de modo que escapa a la posibilidad de concretarlo en los límites de una fórmula matemáticamente exacta.

Todos los que han estudiado el concepto de orden público coinciden en afirmar que se trata de una noción sumamente enigmática, imprecisa, un tema en que todo es discutible, un recurso desesperado para explicar lo que se ofrece como anormal, contradictorio. El orden público cumple en el Derecho Internacional Privado la misma función que el sistema nervioso en la medicina: la de explicar lo que no se sabe o no se quiere explicar.

Manzini ideó la siguiente noción del orden público: “ El orden público comprende en todo país, en la amplia acepción del término, el respeto de los principios superiores de la moral humana y social, como son comprendidos y observados en el país, los usos y hábitos, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades a las que las instituciones positivas, ni ningún gobierno ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para esos estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera o los actos y contratos realizados en el extranjero violan estos principios o estos derechos, cada soberanía lejos de aceptar estos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humanas, podrá a justo título, negarle

todo efecto y toda ejecución en su territorio. También debe rechazar las instituciones económicas, incompatibles con el orden establecido.”<sup>36</sup>

Pillet, por su parte, dice: “cuando se pronuncia el nombre de leyes de orden público en Derecho Internacional Privado, alúdase al principio más evidente de aquel cuya definición y análisis son los más difíciles”.<sup>37</sup> Lo que hay de evidente en esta materia es lo siguiente: nadie duda que la obligación que pesa sobre un estado de admitir en su territorio la aplicación de leyes extranjeras tiene un límite se encuentra en el punto en que la ley extranjera tuviera por consecuencia comprometer la acción de cualquier principio que el Estado juzga indispensable para la salvaguardia de la sociedad particular que representa.

Ante una necesidad tan imperiosa, no existe ni sentimiento de cortesía, ni obligación internacional. Las relaciones internacionales solamente son lícitas mientras se mantienen inofensivas, y dejarían de serlo si tendieran a hacer aplicar en un territorio leyes que se juzgan incompatibles con la seguridad, el buen orden las instituciones sociales del Estado.

En este dominio, las leyes del Estado interesado son doblemente obligatorias: son para los nacionales, y son igualmente para los extranjeros en la persona de aquel en quien se den las condiciones de hecho que provocan la aplicación de la ley.

La expresión de orden público, vaga y mal definida como: el conjunto de reglas legales que, dadas las ideas particulares admitidas en un país determinado, son consideradas como referentes a los intereses esenciales de dicho país, sea que se trate de intereses religiosos, morales, políticos o económicos.

Las leyes del orden público, son aquellas que en un Estado establecen los principios cuya manutención se considera indispensable a la organización de la vida

---

36 Guzmán, **Ob.Cit.**; pág. 365

37 **Ibid**, pág. 365



social, según los preceptos del derecho; o son las que conciernen directamente a la protección de la organización del Estado, consideradas desde el punto de vista político, económico y moral.

Otra definición del tratadista Quintín Alfonsín indica que: “Es el conjunto de disposiciones legales o de instituciones que en un Estado tienen por objeto regular y defender los derechos de la sociedad y sus intereses generales, considerados en sus diversas relaciones: intereses religiosos, morales, políticos, económicos, de policía y tranquilidad pública”.<sup>38</sup> El juez no podría aplicar el derecho extranjero cuando dicha aplicación redundase en un resultado que estuviese en pugna con el derecho público del Estado y con aquellas leyes de derecho privado que el legislador ha dictado con propósitos que evidente y principalmente se refieren a la moral o al interés político, social y económico.

La Ley del orden público debe ser una Ley referente a una condición de existencia del estado, esencialmente divergente de la Ley extranjera que sustituye en la regulación de la relación jurídica y por último absolutamente imperativa. Cuando la *lex fori* (ley del foro) reúna todos esos caracteres deberá el tribunal excluir la ley extranjera aun cuando, según las reglas de conflictos de la propia legislación, esta sea normalmente competente para regir la relación jurídica.

Las leyes de orden público internacional, son las regulaciones que repelen a toda legislación extranjera que ataque o vulnere a la moral, a alguna institución base de la organización social consagrada por la legislación nacional.

Otra definición que parte del autor de esta investigación, se enmarca en la organización estimada necesaria en un país determinado por el correcto y normal funcionamiento de la sociedad; como el conjunto de disposiciones que tienden a mantener las instituciones de la organizaciones política o social de un pueblo, su moral

---

38 Orellana García, Carlos. **Derecho internacional privado**, pág. 779

o buenas costumbres, y que no aceptan la aplicación de una ley extranjera, protegiéndolas.

La noción de orden público se encuentra ligada a la organización institucional básica y a las ideas morales, políticas, sociales y económicas, que se consideren fundamentales en un país determinado.

El orden público como medida obligada de defensa del orden moral, social y jurídico, la excepcional exclusión de la norma material extranjera reclamada por la competente norma de colisión.

Finalmente, es necesario recordar el concepto desarrollado por Bustamante, quien dice: “son pues leyes de orden público internacional, todas las que tiene por objeto el estado y forman su derecho hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y a destruir sus fundamentos cardinales”.<sup>39</sup> Se refiere al derecho del Estado en la acepción que se viene dando a este término y no en la que pudieran tener en el lenguaje corriente. No se entiende por ellos, ni toda la legislación positiva orgánico de sus poderes fundamentales.

Los preceptos que se inspiran en la necesidad del Estado que exista y se mantenga; los que señalan las condiciones de su vida; los que regulan el ejercicio de sus facultades; los que prescriben en el campo de acción en el espacio de su derecho positivo; los que protegen la observación de este, imponiendo sanciones penales al infractor; a los que determinan las formas que han de seguir el restablecimiento del orden perturbado en la esfera privada y en la esfera pública; los establecen principios morales, jurídicos, políticos, religiosos, y económicos de tal trascendencia que el legislador no se cree facultado para dispensar de su cumplimiento, entrar todos en lo que venimos señalando con el nombre de derecho del Estado y son todos de orden público internacional.

---

39 Guzmán, **Ob.Cit**; pág. 366

El orden público en el derecho internacional privado funcional, al igual que la remisión y la calificación, como un obstáculo que impide la solución uniforme de los conflictos de leyes.

Se caracteriza porque habiendo resultado competente la norma jurídica extranjera, al decidirse los conflictos de leyes, no se aplica. Se invocan altos intereses sociales, muchas veces imprecisas y de gran subjetividad, con el nombre de orden público para dejar de aplicar la regulación legal extranjera que, de acuerdo con el derecho internacional privado se ha denominado como competente.

En el orden público concurren los siguientes factores:

- Existe un conflicto de leyes,
- La norma conflictual determina la competencia de la norma jurídica extranjera,
- Se decide no aplicar la norma jurídica extranjera por oponerse ésta al orden público,
- Por tanto, el orden público es un elemento que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera,
- Se palpa en la noción del orden público una inseguridad, incertidumbre, imprecisión y subjetividad, puesto que se requiere la determinación de esos intereses sociales que exigen la falta de aplicación de la norma jurídica extranjera competente.

Con las premisas tradicionales, el orden público depende íntegramente del Estado dentro de cuyos marcos se reduce y se agota, y que sólo concurren a determinar su extensión y circunstancias estatales, principalmente las necesidades del Estado.

Las nociones recopiladas en cuanto al orden público tienen en nuestro concepto el mérito de señalar, en primer término, la función esencial del orden público que es impedir la aplicación de la norma jurídica extranacional. En segundo lugar, señala que es el Estado, donde se pretende aplicar la norma jurídica extranacional, de quien depende determinar la extensión y circunstancias estatales del orden público. En tercer lugar utiliza, una expresión orientadora en cuanto a la determinación de la presencia del orden público, no es el capricho subjetivo ni la imprecisión lo que hará funcionar en un caso concreto el orden público, sino que son las necesidades del Estado las que darán lugar a la invocación del orden público para dejar de aplicar la norma jurídica extranjera competente.

Cuando en repetidas ocasiones se habla de orden público internacional, se quiere referir, como pueden desprenderse no simplemente consideraciones de carácter legislativo general sino a un conjunto de relaciones reguladas según su naturaleza jurídica por la ley territorial.

El orden público sugiere la incompatibilidad de algunas reglas de derecho, con las ideas de una determinada nación sobre la moral y dignidad humana, la defensa de las fases fundamentales de un Estado contra las crecientes exigencias del comercio internacional, manteniendo su organización existente, considerada como necesaria, bien para la salvaguardia de su integridad, bien para la protección de intereses generales de los ciudadanos.

En un sentido más amplio, surge un poco indefinible e imposible de traducir el orden público en normas con un alcance determinado. Es materialmente imposible que un legislador pueda prever y fijar en normas particulares, todas las hipótesis en que la inserción de una regla extranjera en un orden jurídico produciría un atentado indeseable a los principios de orden moral y social que están afirmados.

En todas las definiciones citadas, se considera el orden público como un conjunto de reglas legales con carácter de excepción, que responden a las ideologías propias de cada nación y sirven para la defensa de sus propios intereses.

El orden público también se refiere a una de las excepciones a la aplicación de leyes extranjeras con competencia normal, el cual se considera como el principio de la inaplicabilidad de leyes extranjeras que vulneren la moral, interpretando estas concepciones en su más amplio sentido, para comprender la moral religiosa y la económica. Se considera también como un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, pues de aplicarse, provocaría un malestar social, impediría la satisfacción de una necesidad colectiva o evitaría la obtención de un beneficio para el conglomerado.

En esta noción, establecemos como género próximo la imposibilidad de aplicar normas jurídicas extranjeras competentes y como diferencia se especifica las razones por las que debe dejar de aplicarse la norma jurídica extranjera.

Estas razones en cuanto a su contenido pueden ser cambiantes en el tiempo y en el espacio y se requiere la intervención del juzgador para advertir la presencia del malestar social, de la necesidad colectiva y del beneficio para el conglomerado, pero por lo menos tiene ya un criterio calibrador y orientador de su actuación que ya será menos arbitraria y subjetiva.

#### 4.3.1 Misión del orden público

De las opiniones vertidas podemos desprender que el orden público realiza una función de defensa, nos preserva de las perturbaciones que pudieran derivarse de la aplicación de normas extranjeras cuando con ellas se introduce un elemento de desequilibrio del seno del ordenamiento jurídico.

Todos los autores que se han ocupado aunque sea incidentalmente, del tema, coinciden en afirmar que en la institución que estudiamos existen razones o motivos de conservación o protección estatal.

Es posible afirmar que, el orden público intenta proteger y salvaguardar los siguientes principios y valores: a) la soberanía nacional, con todo lo que implica lo político, social y económico; b) el orden social y jurídico del estado; c) El fin social que inspira determinadas leyes o la acción protectora de determinadas instituciones políticas y sociales; d) el esquema institucional e ideológico del estado. e) los supremos principios del derecho natural y de la justicia; f) los intereses esenciales y constitutivos del estatuto de ciudadano.

#### 4.3.2 Precedentes históricos

La idea de que la ley extranjera normalmente competente no debe aplicarse cuando el resultado de esa aplicación resulte incompatible con las acepciones morales, fuertemente arraigadas en el país, pues se encuentra probablemente en la Edad Media en los cuales se distinguía los estatutos favorables de los estatutos odiosos. Mientras los primeros podían obtener aplicación extraterritorial, los segundos no podían hacerlo. Esta distinción ofrece un claro parentesco con lo que después iba a denominarse orden público.

“En el siglo XVIII, Bouhier situó paralelamente las leyes que son estrictamente territoriales, por versar sobre materia penal y de policía, y las leyes exorbitantes del derecho común, o manifiestamente injustas”.<sup>40</sup> Sin embargo la noción del orden público no se esparció rápidamente, sin duda porque una gran parte de los conflictos eran interprovinciales, surgían entre leyes vecinas o que emanaban de un mismo soberano, lo que del orden público; e incluso en toda Europa el papel preponderante del derecho Romano y de la inspiración Cristiana reducían las causas de divergencia.

---

40 **Ibid**, pág. 368

De modo que, para que se pasara a un proceso de elaboración positiva y moderna del orden público era necesario que los conflictos de estatutos se transformaran en conflictos de leyes de comunidades nacionales distintas; y estos ya se apunta con los estatutarios holandeses.

El orden público venía a ser para ellos una limitación a la cortesía que se tomaba como medio necesario de defensa del orden social y jurídico y de amparo y de protección de intereses de los propios súbditos; un orden público pensado en función de los intereses que simbolizan el ordenamiento jurídico y que supone una reafirmación de la territorialidad de la ley y de la primacía del ordenamiento jurídico.

#### 4.3.3 Naturaleza jurídica del orden público

Existen dos sistemas bien definidos: uno que considera que la ley de orden público tiene una competencia normal; y otros que hacen de ella una noción exorbitante, cuya intervención constituye una excepción a la ley competente.

La ley de orden público posee dos caracteres de gran importancia: la generalidad y la permanencia. Aplica estos caracteres al Derecho Internacional Privado y sostiene que la continuidad de la ley envuelve su extraterritorialidad, y que su generalidad, envuelve su territorialidad. Ahora bien, debido a la necesidad de establecer una armonía entre los diversos estados, no pueden éstas conservar al mismo tiempo ambos caracteres, sino que es necesario sacrificar uno de ellos.

Examinando el fin social de las leyes y buscándoles su máximo de eficacia en el área internacional, "Pillet las divide en permanentes y generales. A las primeras les reconoce, como hemos dicho, un efecto extraterritorial, como único medio de impedir que los interesados eludan sus principios; en tanto que a las segundas las estima necesariamente territoriales, porque no es sino en esta forma que ellas pueden llenar el fin social que se tuvo en vista al dictarlas".<sup>41</sup>

---

41 **Ibid**; pág. 369

Ahora bien, las leyes del orden público, son precisamente, las leyes que para cumplir con su objeto social, exigen la generalidad de su aplicación, con sacrificio del carácter de permanencia. Son leyes de orden público, pues se refieren sobre todo a la comunidad, que aprovecha igualmente a todos; que están escritas en interés de todos y no solamente en interés de cada uno; aquellas cuyo fin social es realizar un orden necesario, un arreglo fijo e invariable, arreglo al cual deben someterse nacionales y extranjeros; aquellas cuya aplicación ha de beneficiar a la comunidad entera y no a ciertos individuos de ella.

Entre la idea de orden público y la de generalidad existe una verdadera e indivisible relación, no existen pues, leyes generales por una parte, y de orden público por otra: son las mismas. Cuando una ley es general es que es de orden público; y cuando una ley es de orden público, es que <sup>64</sup>tiene que ser general para que pueda llenar su objeto social. Cuando se recurre a la noción del orden público, el objeto a realizar por la ley exige su generalidad; y si mediante ésta se realiza dicho objeto, la competencia de esta ley será perfectamente normal. La Ley de Orden Público no es una Ley destinada a vencer a una Ley extranjera.

#### 4.3.4 Características del orden público

- Excepcionalidad. Es una característica conectada con el carácter defensivo que tiene el orden público. En el pasado, la jurisprudencia ha utilizado en exceso la noción del orden público, lo cual se explica fácilmente si se tiene en cuenta la amplitud del estatuto personal en el Derecho Internacional Privado, el empleo de la conexión como rectora de dicho estatuto y la peculiaridad que ofrecía nuestro derecho material frente al de nuestros estados vecinos en cuestiones como la indisolubilidad del matrimonio, la capacidad matrimonial conforme a la ley local o la filiación extramatrimonial.

No es posible decidir de antemano, y para todos los países, la hipótesis en las cuales debe funcionar el mecanismo del orden público, porque este funcionamiento



depende del estado respectivo de las legislaciones. Lo que en un país es delito, en otro puede ser una institución perfectamente lícita. El orden público afectado en una parte bien puede no estarlo en otra y puede aparecer o no comprometido en materia de derechos de familia, de derechos reales, de contratos, sucesiones y en general, en cualquier materia de derecho privado.

El orden público es, pues, localista, es decir, varía en cada país. En otros términos, adquiere diferentes contenidos y extensiones frente a cada derecho regional, según los conceptos que se tengan de las instituciones que protege. Dice Bustamante que las doctrinas religiosas, las opiniones políticas imperantes, las ideas morales, los principios jurídicos y los sistemas económicos, todo lo que puede importar al Estado en su vida propia es diferente, y a tal diferencia no es extraño que corresponda la variedad en el concepto y en las aplicaciones del orden público internacional.

Cada país tiene pues teóricamente su propia concepción del orden público, la que, en consecuencia, es eminentemente nacional. No se podía, internacionalizar el contenido del orden público sin hacer desaparecer las legislaciones mismas. El orden público no es, por lo tanto internacional, salvo en ciertas materias en las que los diversos países civilizados reprueban instituciones que significan una negación de las reglas del derecho de gentes: tal es el caso de la esclavitud, la trata de blancas, la piratería, el contrabando, etcétera.

- Relatividad en el tiempo. Es una característica que deriva del hecho de que en un mismo Estado cambian con el transcurso del tiempo las concepciones fundamentales de su ordenamiento jurídico. De ello deriva la imposibilidad de que la jurisprudencia defina de una vez por todas si un concreto principio jurídico es o no de orden público por otra parte, la necesidad de fijar el momento en el que el orden público debe ser apreciado, cuestión que se viene resolviendo conforme el principio de actualidad del orden público, según el cual el contenido del orden público ha de ser estimado por el juez al momento de dictar su decisión.

Aun cuando fuese posible enumerar los casos de orden público, surgiría una nueva dificultad: la noción de orden público no es solamente variable en un país a otro, sino que también varía dentro de un mismo país, con las distintas épocas. Lo que fue institución de orden público en nuestro país, hoy en día no es, como no lo será tal vez mañana lo que actualmente se considera de tal carácter.

El orden público, es por consiguiente, temporal, es decir, cambia de acuerdo con la evolución de las instituciones que protege. Y este carácter variable del contenido del orden público según las épocas convierte en ilusoria toda tentativa de enumerar las leyes que lo conforman, pues, aun cuando se lograra hacer esta enumeración, la difícilísima labor representaría un esfuerzo inútil, pues rápidamente quedaría anticuada, como el catálogo de una casa de comercio que fue siempre el mismo y en el que los precios indicados permaneciesen inalterables.

- Relatividad en el espacio. Es una consecuencia de las diferentes maneras de entender en los estados los conceptos de lo justo o injusto o la conveniencia de adoptar una concreta política legislativa en cuestiones consideradas fundamentales por los ordenamientos jurídicos. Además dado que el orden público es un concepto jurídico indeterminado, existe el riesgo de que los órganos encargados de la aplicación del derecho no vean en él una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, sino que propendan a actitudes maximalistas que reduzcan el campo de aplicación de la ley extranjera.

De ahí que, para evitar este resultado se hayan arbitrado ciertas propuestas, cuyo común denominador es el de tender a una interpretación restrictiva de la operatividad de la excepción de orden público.

Una serie de textos estatales y convencionales de Derecho Internacional Privado, siguiendo el ejemplo del Convenio de La Haya, de 24 de octubre de 1956, sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias a favor de menores, establecen que la ley extranjera designada por la norma de conflicto solo podría ser descartada si su

aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público, expresión que ha sido interpretada en el sentido de que no podrá apreciarse el orden público en caso de duda y de que los jueces estarán obligados a motivar en sus decisiones por que la aplicación de la ley extranjera lesiona de manera manifiesta el orden público del foro.

Esta afirmación vale para nuestro ordenamiento jurídico, dada la ratificación de gran número de estos textos convencionales en los que se requiere una manifiesta incompatibilidad con el orden público.

Según el punto de vista generalmente admitido, la excepción de orden público no opera ipso iure frente a la ley extranjera, sino que el rechazo de su función reguladora de una determinada situación o relación jurídica ha de condicionarse a la existencia de una cierta conexión con el ordenamiento jurídico. En consecuencia, la acción del orden público no estará dirigida contra la ley extranjera en sí, sino contra el resultado que produzca su aplicación en el caso concreto, sin que actúe cuando se trate de apreciar la validez de una relación creada en el extranjero.

Se ha intentado limitar la acción del orden público cuando la norma de conflicto esté contenida en un tratado internacional. Aun cuando algunos tratados internacionales hayan pretendido en vano restringir la eficacia del orden público frente a sus normas, puede sostenerse la respuesta afirmativa con independencia de que el tratado establezca u omita una disposición específica sobre el orden público, puesto que la voluntad del Estado de obligarse por un texto acordado internacionalmente no implica la aceptación de la legislación del o de los otros estados contratantes en su conjunto y mucho menos la de su legislación futura, y la renuncia a la excepción de orden público en tales casos no puede presumirse, sino que debería ser expresada.

La doctrina francesa de principios de siglo puso de relieve que el orden público siempre tenía un efecto negativo, descartar la aplicación de la ley material extranjera, y que a su lado podía surgir un efecto positivo. Sin embargo, tal planteamiento no es correcto: ambos efectos se producen siempre. Aunque la ley extranjera sea descartada,

es necesario que el juez dé una solución al caso litigioso, so pena de incurrir en una denegación de justicia.

Por lo que respecta a los efectos atenuados del orden público, debe tenerse en cuenta que la excepción de orden público no actúa siempre con la misma intensidad. Esta varía según se trate, en primer lugar, de aplicar una ley extranjera contraria a nuestros principios fundamentales, para que nazca en nuestro derecho una situación jurídica nueva o, en segundo lugar, cuando lo que se pide al juez es sólo que reconozca algunos efectos a una relación que, aun siendo contraria a nuestros principios fundamentales, se creó en un Estado donde era válida y bajo una ley que lo permitía.

La intensidad es distinta, más fuerte en el primer supuesto y más débil en el segundo. En su actuación flexible en el segundo supuesto lo que se conoce como efectos atenuados del orden público.

Un ejemplo palpable se encuentra en una sentencia de divorcio, la reacción de un Estado antidivorcista será muy distinta, según lo que pida si es la aceptación de los efectos principales y exclusivos de esta institución o la admisión de los efectos que el divorcio produce en comparación con otras instituciones conocidas en su ordenamiento jurídico.

En este ejemplo la acción del orden público no producirá un rechazo frontal del divorcio extranjero, sino un reconocimiento matizado y sectorial. Esta consecuencia es lo que la doctrina denomina efecto atenuado del orden público.

El orden público ofrece, como se ha visto, también las siguientes características:

- Es local, en el sentido de que es esencialmente variable en el espacio, de un país a otro; y

- Es actual, en el sentido de que su contenido evoluciona con el tiempo de una generación a otra, aún dentro del mismo país.

#### 4.3.5 Otras denominaciones de orden público

Las principales denominaciones formuladas, han sido las siguientes:

- Orden público internacional, opuesto a orden público interno;
- Orden público absoluto, opuesto a orden público relativo;
- Orden público. Otras expresiones.

##### 4.3.5.1 El orden público internacional, opuesto al orden público interno:

Primeramente, la distinción más fundamental es la que contrapone al orden público interno al orden público internacional. “Ella se debe al jurista suizo Brocher, quien la hizo comparando los artículos tres y 76 del código Civil francés, y es seguida por eminentes tratadistas de Derecho Internacional Privado”.<sup>42</sup>

El Artículo tres, párrafo primero del Código Civil francés dispone que las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habiten en el territorio y el Artículo seis que no puede ser derogadas por convenciones particulares las leyes que interesan al orden público y las buenas costumbres, refiriéndose el primero, según Brocher, “al orden público internacional y al segundo, al orden público interno”.<sup>43</sup> El Artículo tres indica las leyes obligatorias tanto para nacionales como para extranjeros; y el Artículo seis marca el límite a la autonomía de la voluntad.

---

42 **Ibid**; pág. 378

43 **Ibid**; pág. 379

Así, en cada país las leyes que se ocupan del estado y capacidad de las personas son de orden público interno, desde el momento en que se imponen al respecto de los nacionales y se prohíbe toda estipulación en contrario.

Los individuos no podrían introducir en esas materias modificación alguna, no obstante su voluntad de hacerlo. Estas leyes no podrían, sin embargo, ser de orden público internacional, es decir, aplicables también a los extranjeros, ya que esto significaría excluir siempre, en cuanto a ellos, la aplicación de las leyes extranjeras.

Con el nombre de orden público interno se designarían aquellas leyes que no pueden ser descartadas por la autonomía de la voluntad que son obligatorias solamente para los nacionales de un país, siguiéndoles dondequiera que se encuentren. Son de orden público por su carácter absoluto y por el interés público a que se refieren; y son de orden público interno porque su fin se consigue mediante la sujeción a su imperio de los súbditos o nacionales del Estado.

En cambio, se reservaría la calificación de orden público internacional para aquellas que constituyen una barrera a la aplicación de las leyes extranjeras y las contraríen, y que son absolutamente obligatorias tanto para los nacionales como para los extranjeros, porque así lo exigen los derechos fundamentales del Estado, su Constitución Política y su integridad.

El orden público interno quedaría, pues anclado en la esfera jurídica nacional, representaría la imposición de aquellas normas que el ordenamiento jurídico considera como inderogables; en tanto que el orden público internacional estaría la imposición de aquellas normas que el ordenamiento jurídico considera como inderogables; en tanto que el orden público internacional estaría pensando en términos supranacionales y se presentaría como una excepción a la aplicación de las normas materiales extranjeras.

El autor Calandrelli critica esta terminología afirmando que “la distinción aquella, fundada en el carácter obligatorio de las leyes y en la extensión de su influencia, es

además de imperfecta en su tecnicismo, vana y errónea en su punto de apoyo, pues deriva, como fruto natural, de la otra división, más errónea aún de los hombres en extranjeros y nacionales. La soberanía no es un mero recurso político, destinado a proteger sólo a los nacionales; la ley, expresión genuina de la soberanía, tiene por misión necesaria la protección de los extranjeros.

Eliminada esta distinción, la del orden público pierde su pretendido fundamento. Tratándose de una restricción a la aplicación del Derecho o de la ley de un país diverso, es siempre el orden público nacional, en su función local interna, el que puede sentirse lesionado y el que ha de imponer la aplicación de la ley del país”.<sup>44</sup>

Otros autores manifiestan que, no existen leyes de orden público internacional que se deban oponer al orden público nacional, porque cada estado sólo cuida dentro de su territorio, de su propio orden público y por lo tanto es el orden público nacional el que impone sus exigencias a los extranjeros.

Y es preciso retener la idea de que no hay más que una categoría de leyes que merecen el nombre de leyes de orden público y son aquellas cuya finalidad social es realizar un orden necesario y una disposición fija e invariable, a la cual deben someterse los extranjeros y los nacionales.

Se les llaman leyes de orden público internacional; esta denominación ha tenido la culpa de hacer creer que puede haber un orden público internacional distinto del nacional, en efecto, la expresión del orden público internacional evoca la idea de un orden común a las naciones, constituyendo una verdadera regla del Derecho de Gentes.

En este sentido afirma que la piratería, la esclavitud, la trata de blancas o el contrabando son contrarios al orden público internacional. Pero se ha visto que, por el

---

44 *Ibid*, pág. 380

contrario, el orden público es esencialmente nacional. La terminología empleada engaña pues en cuanto a su contenido.

#### 4.3.5.2 El orden público absoluto y el orden público relativo.

Algunos autores emplean la terminología orden público absoluto para las relaciones internacionales y la de orden público relativo para las relaciones internas. En cada país, cuando una disposición de derecho interno es de orden público con respecto a los nacionales, igualmente es con respecto a los extranjeros. No puede haber en él dos órdenes: uno para aquellos y otro para éstos.

Por lo demás, esta terminología es engañosa, porque se podría pensar que los efectos del orden público pueden ser absolutos o relativos; pero la verdad es que, dondequiera que se manifieste el orden público, sea en materia interna o internacional, siempre es absoluto en sus efectos.

La expresión de orden público relativo no corresponde, por consiguiente, a lo que debe exigirse de su intervención.

#### 4.3.5.3 Orden público. Otras expresiones.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico se utiliza la expresión de orden público o mejor aún la de excepción de orden público. No se pretende designar con ello dos distintas categorías de leyes, no hay dos formas de ver, no hay dos órdenes de públicos en cada Estado, en que uno sea más riguroso para los nacionales, y el otro, más atenuado para los extranjeros. Cuando una disposición es estimada como de orden público en un estado, mantiene este carácter desde cualquier punto de vista que se le mire, interno o internacional.

Todo el problema en cuanto a la denominación se aclararía considerablemente si se adoptara la expresión que emplean los autores alemanes y el Artículo 30 del código



civil alemán: en ellos hablan de cláusula de reserva, término que explica el papel que desempeña el orden público, el de una reserva hecha a la aplicación de leyes extranjeras.

En otras palabras, el orden público es algo excepcional y no normal, que permite rechazar la aplicación del derecho extranjero competente cuando compromete el orden público del país donde se le invoca. Sin embargo teniendo en cuenta que la terminología actual ha sido adoptada en numerosos países, sería sumamente difícil que se sustituyera por otra expresión aunque aquella fuese mejor.

#### 4.3.6 Efectos del orden público

Los efectos del orden público deben ser examinados desde un doble punto de vista:

- En materia de ejercicio de derechos, en la que se determina cual es la ley competente para la adquisición del derecho, esto es, para que el derecho nazca, la excepción de orden público produce, a veces un efecto simplemente negativo y, en otras oportunidades, un efecto negativo y positivo a la vez.

Este efecto negativo se produce siempre que interviene el orden público; el positivo no es absolutamente necesario.

- Efecto negativo: Cuando el orden público impide la aplicación de la ley extranjera, el supuesto en que normalmente debiera ser aplicado produce, en tal caso, un efecto negativo con respecto a la ley extranjera.
- Efectos negativos y positivos: En otros casos, el efecto de la excepción de orden público no será solamente negativo, sino a la vez negativo y positivo, o sea, se empezará por rechazar la aplicación de la ley extranjera, para luego aplicar a la

cuestión la ley del tribunal, la *lex fori*, la que recuperando la plenitud de su competencia, sustituirá a la ley extranjera no aplicada.

El legislador, cuando dicta sus reglas de conflicto, declara como aplicables en ciertas circunstancias las leyes extranjeras, porque ha estimado o que sólo la ley extranjera puede dar una solución verdaderamente justa en ciertas materias. Ahora bien, cuando no se obtiene esa solución que se creyó obtener al declarar aplicable la ley extranjera, la *lex fori* debe imperar sobre ella.

En otras palabras, cuando esa regla hace producir efectos distintos a los que se han tenido, dando una solución poco justa, insuficiente y aun, peligrosa el juez, para evitar estos inconvenientes, no puede más que aplicar su propia ley.

Los autores fundamentan la aplicación en estos casos, de la *lex fori*, diciendo que declara inaplicable en un asunto determinado la ley extranjera competente por razones de orden público, no dar solución al caso cuestionado importaría una verdadera denegación de justicia en que no se puede incurrir.

Es lógico que alguna solución deba dárseles a las partes. ¿Qué otra ley podría, entonces, servir para dar una solución justa al problema? Pues no es otra que la vigente en el lugar de la residencia del tribunal recurrido.

Según Goldschmidt, “no se debe hablar del efecto negativo y positivo del orden público, puesto que éste siempre produce ambos efectos: elimina derecho extranjero nocivo y lo sustituye por derecho inofensivo”.<sup>45</sup>

Lo que sí existe es el resultado positivo o negativo de su intervención. Este carácter negativo o positivo se encuentra en relación inversa al carácter negativo o positivo del derecho extranjero descartado. Así, si lo perjudicial de derecho extranjero reside en que niega una facultad, por ejemplo, si impide pedir la anulación de un

---

45 **Ibid**, pág. 381.

matrimonio civil celebrado cuando uno de los cónyuges aún estaba unido con otra persona canónicamente, el orden público produce un resultado positivo al aplicar la ley material del juez que autoriza el ejercicio de la citada facultad.

Si, por el contrario, lo perjudicial del derecho extranjero consiste en que concede una facultad, la de divorciarse por ejemplo, el orden público produce el resultado negativo de impedir el ejercicio de esta facultad.

Otros autores, sostienen que la distinción entre los casos en que la ley extranjera es simplemente rechazada sin aplicación correlativa de la *lex fori* (ley del foro) y aquellos en que la *lex fori* la sustituye, es más aparente que real. En efecto, sostiene que si la ley extranjera es rechazada, es necesario, sin embargo, que el litigio reciba una solución, y ésta solución tiene que estar basada en una ley que no es otra que la *lex fori*.

Puede que esta ley no tenga ninguna disposición expresa a este respecto, pero la solución adoptada será implícitamente la de ella. Si se descarta, por ejemplo, una ley extranjera que admite la esclavitud por deudas, es porque implícitamente la *lex fori* lo prohíbe.

Por lo tanto, cuando el orden público produce un efecto negativo, la *lex fori* actúa, pero cuando el orden público produce un efecto negativo-positivo, la *lex fori* actúa implícitamente.

Pues bien, si el orden público produce a veces un efecto simplemente negativo y otras un efecto negativo y positivo a la vez, ¿cómo determinar los casos en que tendrá que producirse el uno y el otro de estos resultados? Para ello, es común distinguir una ley prohibitiva de otra imperativa.

Cuando la *lex fori* establece una prohibición, es preciso para acomodarse a ella, que esta prohibición sea respetada; en consecuencia, basta con no aplicar la ley

extranjera que permite lo que la ley del tribunal prohíbe. En los casos de prohibición, el efecto que se produce es, pues el negativo, vale decir, el rechazo absoluto de la ley extranjera competente, sin que el juez deba preocuparse de la determinación de la ley aplicable.

Pero existen casos en que la *lex fori* no se contenta con prohibir, sino que, por el contrario ordena la realización de un acto determinado por considerarlo indispensable. En estos casos, y para que las exigencias de la *lex fori* queden atendidas, no basta con que los tribunales se abstengan de aplicar la ley extranjera, sino que es preciso, además, que permitan la realización del acto que la *lex fori* autoriza. En consecuencia, aplicarían la *lex fori* para que este acto se realice conforme a sus disposiciones.

El orden público, pues, al rechazar la ley extranjera, lisa y llanamente produce un efecto llamado negativo; y al declarar luego aplicable la ley del tribunal recurrido, produce un efecto positivo.

En resumen, se puede manifestar que en aquellos casos en que la *lex fori* impone una prohibición, se produce un simple efecto negativo y en aquellos en que ella ordena, hay primero, un efecto negativo y, después un efecto positivo.

- Efectos del orden público en materia de derechos adquiridos. Hasta acá se ha estudiado el orden público en materia de ejercicio de derechos; ahora se da alguna idea acerca de cómo funciona esta noción respecto a los derechos adquiridos, esto es, respecto a los derechos que ya nacieron.

Acerca de este punto, procede examinar dos situaciones:

- Caso en el que un derecho ha sido adquirido en virtud de una ley de orden público; y

- Caso en el que un derecho ha sido adquirido en conformidad a una ley normalmente competente y sin ninguna intervención del orden público.

En un país se adquiere determinado derecho, pero las condiciones para adquirirlo han sido establecidas por el orden público de ese país, el que, en consecuencia, ha ejercido primero un efecto negativo al rechazar la ley que originalmente era competente para adquirirlo, y después un efecto positivo.

Si el orden público varía entre el país de exportación y el de importación, el derecho debe ceder ante las exigencias del orden público del país de importación.

Los países que reconocen una misma institución como de orden público con las mismas características, tienen la misma comunidad jurídica y en consecuencia, los derechos adquiridos al amparo de estas leyes de orden público deben ser reconocidos en el otro.

A la inversa, si entre dos o más estados existe disparidad sobre esa institución, el derecho adquirido en uno, en conformidad a una ley de orden público, carece de eficacia en el otro, en que la forma de su adquisición choca con su derecho.

Tratándose de un derecho adquirido, se dice que la intervención del orden público deber ser examinada desde tres puntos de vista:

- Desde el punto de vista de extensión
- Desde el punto de vista de su intensidad y
- Desde el punto de vista de su función.

Se puede formular a este respecto la siguiente regla: un derecho adquirido en país extranjero no es forzosamente contrario al orden público de un país por el solo hecho de que no hubiera podido adquirirse en el mismo.

En efecto, es preciso examinar en cada hipótesis si el derecho que se invoca en sí es o no contrario al orden público, no si la adquisición de ese derecho habría sido contraria a él, y de este examen resulta, a veces, que lo inconciliable con el orden público no es el derecho que se pretendía adquirir, sino exclusivamente el establecimiento de este derecho. Así por ejemplo; si un extranjero quiere investigar la paternidad en un país que se la prohíbe; no podrá ejercitar su acción, ya que ello sería inconciliable con el orden público.

Pero la filiación natural en sí misma no es inconciliable con el orden público, puesto que está reconocida en ciertos casos. Por lo tanto cuando la investigación de la paternidad realizada fuera de dicho país ha conducido a un resultado favorable, no es, de ninguna manera, contrario al orden público hacer valer el derecho reconocido, siendo posible, por ejemplo obtener la ejecución de la sentencia que condena al padre a pagar una pensión alimenticia.

Otro ejemplo que se puede citar es el siguiente: un musulmán, el cual no podía invocar en Guatemala su matrimonio poligámico, con el objeto de que la autoridad guatemalteca se lo reconozca y pueda él casarse nuevamente, porque ello es contrario al orden público guatemalteco.

Pero en este caso el musulmán, sí podrá invocar ciertos efectos familiares, sucesorios, pecuniarios, de tales uniones, pues ello no es contrario a este orden público.

Hay que establecer pues una diferencia entre los efectos personales del matrimonio y sus pecuniarios.

Estos ejemplos demuestran que: en esta materia, lo que hay que investigar es el efecto del derecho adquirido, que es lo que se pretende hacer valer, no su creación es, por sí solo inconciliable con el orden público; es necesario aislar dicho efecto. Un derecho adquirido puede muy bien, ser inconciliable con el orden público solamente en algunos de sus efectos, no en todos.

En suma, el orden público conserva, en derecho, la naturaleza en todas partes; pero, de hecho, actúa con menor intensidad en materia de respeto de derechos adquiridos que en materia de ejercicio de derechos.

En materia de ejercicio de derechos, la función del orden público es, como ya se ha descrito, unas veces negativa y otras negativa y positiva.

En materia de reconocimiento de derechos adquiridos, en cambio, el orden público produce siempre y únicamente el efecto negativo. En otras palabras, el efecto consiste en no tener en cuenta lo realizado en el extranjero. Y el orden público no produce jamás el efecto positivo, porque, en este caso, se trata de reconocer un derecho y no de crearlo.

Ellos no podrían, pues invocando el orden público, sustituir el derecho adquirido en el extranjero por un derecho adquirido en conformidad la ley del tribunal guatemalteco. En consecuencia, lo único que pueden hacer es tomar o no tomar en cuenta un derecho adquirido, pero no crear otro.

Para la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, el orden público lo limita en cuanto a ella puesto que su aplicación en el derecho internacional privado se ha comprendido equívocamente, como una facultad ilimitada de la voluntad del hombre olvidando que cada uno de los individuos se encuentra sometido a leyes de carácter imperativo y otras de carácter facultativo, por lo tanto la voluntad de las partes no crea una ley sino únicamente estipula la ley que los regirá.

Desde este punto de vista, el derecho internacional privado tiene como fin armonizar la diversidad de leyes, garantizar su aplicación sobre la base del respeto y el ejercicio pleno de la soberanía de cada uno de los estados. Su fin principal es señalar con claridad que ley debe aplicarse cuando leyes de diferentes estados reclaman aplicación y señalar que jurisdicción debe conocer de un problema referente a una relación jurídica que podría en principio someterse a jurisdicciones diferentes. Dentro de la aplicación del principio surgen las preguntas ¿qué ley debo aplicar? Sin observar las limitaciones a las que se encuentra sujeto este principio como es en primer término la capacidad, pues ya que cada persona posee un derecho interno que lo rige, el lugar de la celebración del contrato; como lo indica el principio *locus regit actum* y el orden público que en Guatemala es de observancia general.





## CONCLUSIONES

1. Existen relaciones internacionales entre Estados, de cuya regulación se ocupa el derecho internacional público. Junto a ellos aparecen relaciones entre personas físicas o jurídicas de derecho privado, pertenecientes a Estados distintos. De las relaciones internacionales entre particulares se ocupa el derecho internacional privado.
2. El objeto del derecho internacional privado lo constituyen, por lo tanto, las relaciones jurídicas internacionales entre particulares, las cuales surgen cuando exista un elemento de extranjería que pueden ser la persona o personas que intervienen en la relación jurídica; la cosa que constituye el objeto de la relación o bien el territorio donde acaece determinado hecho jurídico.
3. En una relación jurídica internacional estará en contacto con, al menos, dos ordenamientos jurídicos, por lo que debe establecerse la ley aplicable a la relación internacional. La ley propia se denomina *lex fori* o *ley o derecho del foro*. La *lex fori* será, por lo tanto, la ley del Estado desde cuya perspectiva se busca la solución del conflicto de leyes o problema de derecho internacional privado.
4. El domicilio vino a sustituir a la nacionalidad como factor de conexión principal en el derecho internacional privado, por lo que la forma más difundida consiste en determinar la existencia, el estado y la capacidad; general de derecho y de hecho de las personas físicas a partir de su domicilio.

5. La legislación guatemalteca adopta de la doctrina dominante que el principio de conexión es el domicilio, debido a que todos los aspectos trascendentales de la persona desde su inicio y su fin, están conectados a él; por lo que la ley que se les debe aplicar cuando hay norma en conflicto internacional es la que determina su domicilio.

## RECOMENDACIONES

1. Que se determine por parte de la Procuraduría General de la Nación, que existen relaciones internacionales entre Estados, de cuya regulación se ocupa el derecho internacional público. Junto a ellos aparecen relaciones entre personas físicas o jurídicas de derecho privado, pertenecientes a Estados distintos. De las relaciones internacionales entre particulares se ocupa el derecho internacional privado.
2. Que se establezca mediante el Ministerio de Relaciones Exteriores, que el objeto del derecho internacional privado lo constituyen, las relaciones jurídicas internacionales entre particulares, las cuales surgen cuando exista un elemento de extranjería que pueden ser la persona o personas que intervienen en la relación jurídica; la cosa que constituye el objeto de la relación o bien el territorio donde acaece determinado hecho jurídico.
3. Que se señale a través del Ministerio de Gobernación, que en una relación jurídica internacional se estará en contacto con, al menos, dos ordenamientos jurídicos, por lo que debe establecerse la ley aplicable a la relación internacional. La ley propia se denomina *lex fori* o *ley o derecho del foro*. La *lex fori* será, por lo tanto, la ley del Estado desde cuya perspectiva se busca la solución del conflicto de leyes o problema de derecho internacional privado.

4. Que se determine mediante el Registro General de las Personas (RENAP), que el domicilio vino a sustituir a la nacionalidad como factor de conexión principal en el derecho internacional privado, por lo que la forma más difundida consiste en determinar la existencia, el estado y la capacidad; general de derecho y de hecho de las personas físicas a partir de su domicilio.
  
5. Que se establezca mediante el Ministerio de Gobernación, que la legislación guatemalteca adopta de la doctrina dominante que el principio de conexión es el domicilio, debido a que todos los aspectos trascendentales de la persona desde su inicio y su fin, están conectados a él; por lo que la ley que se les debe aplicar cuando hay norma en conflicto internacional es la que determina su domicilio.

## BIBLIOGRAFÍA

DUNKER BIGGS, Federico. **Derecho internacional privado**. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1967.

FIGUEROA, Luis Mauricio. **Derecho internacional**. Barcelona, España: Ed. Ariel, 1989.

GUZMAN LATORRE, Diego. **Tratado de derecho internacional privado**. 3ra. ed.; Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1997.

HALL LLOREDA, Carlos. **Conceptos, caracteres y funciones del derecho internacional privado**. Guatemala: Editorial. Universitaria, 1964.

LARIOS OCHAITA, Carlos. **Derecho internacional privado**. 7ma. ed.; Guatemala: Editorial. Nawal Wuj, 2005.

MATOS, JOSE. **Curso de derecho internacional privado**. Barcelona, España: Ed. Reus, 1985.

MUÑOZ MEANY, Enrique. **Derecho internacional privado**. Guatemala: Ed. Ministerio de Educación Pública, 1953.

NIBOYET, Julio. **Principios de derecho internacional privado** Traducción al español por: Andrés Rodríguez Ramón. México. Ed. Nacional, 1974.

ORELLANA GARCIA, Carlos. **Derecho internacional privado**. 9na. ed. Argentina: Ed. Porrúa, 1989.

PILLET, Antonio. **Principios de derecho internacional privado**. España: (s.e) 1923.

ROMERO DEL PRADO, Víctor. **Derecho internacional privado**. Córdoba, Argentina: Ed. Assandri, 1961.

TEXEIRO VALLADO, Haroldo. **Derecho internacional privado**. México: Ed. Trillas, 1987.

**Legislación:**

**Constitución Política de la República de Guatemala.** Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

**Ley del Organismo Judicial.** Decreto 2-89 del Congreso de la República.

**Código Procesal Civil y Mercantil.** Decreto-Ley 107.

**Código Penal.** Decreto 17-73 del Congreso de la República.

**Código de Derecho Internacional Privado.** Asamblea Legislativa de la República de Guatemala, Decreto número 1575