



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO

**Fundamentación del Principio General de
Retroactividad de la norma en el
Derecho Internacional Privado**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
Carlos López López



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

T E M A R I O

FUNDAMENTACION DEL PRINCIPIO GENERAL DE RETROACTIVIDAD DE LA NORMA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

CAPITULO I.- CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO:

- a).- Planteamiento y definición de la retroactividad de las leyes.
- b).- Diversas teorías:
 - 1.- Derechos adquiridos; exposición y crítica.
 - 2.- Exposición y crítica de la teoría de Roubier.
 - 3.- Teoría de Planiol.
 - 4.- Teoría de Bonnetcase.
- c).- La irretroactividad de la ley y sus - - excepciones.
- d).- La irretroactividad en diversas mate - rias:
 - 1.- Derecho Penal.
 - 2.- Derecho Procesal.
- e).- Comentario del derecho positivo mexicano.

CAPITULO II.- CONFLICTO DE LEYES EN EL ESPACIO:

- a).- Concepto y definición del derecho inter nacional privado.
- b).- Planteamiento del conflicto de las le-- yes.
- c).- Naturaleza de la norma de derecho inter nacional privado.
 - 1.- Norma formal y norma material.
 - 2.- Norma directa y norma indirecta.

CAPITULO III.- FUNCION VINCULATORIA DE LA TEORIA DE LA INCORPORACION EN LA NORMA DE DERECHO INTERNA- CIONAL PRIVADO.

- a).- Generalidades y sus aspectos jurídicos.
- b).- Teoría de la incorporación.
- c).- Orden Público.
- d).- Calificación.

CAPITULO IV.- EL PRINCIPIO GENERAL DE LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

- a).- Plantamiento del problema.
- b).- Diversas doctrinas de acuerdo con la po sición sobre la naturaleza del derecho internacional privado.

c).- Negación de la posibilidad de la retro-
actividad de la norma de derecho inter-
nacional privado.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

I N T R O D U C C I O N

En el curso de Derecho Internacional Privado, -- se vió lo relacionado a la retroactividad de la norma, pero este estudio fué muy somero por lo que me inquietó ese problema y tuve la idea o más bien la inquietud de tomarlo como base para la elaboración de una tesis, en cuanto concluyera con los estudios universitarios.

De ahí que, no dejé esa idea y en la presente tesis he tratado de hacer un breve estudio en todo lo referente a la Fundamentación del Principio General de la Retroactividad de la Norma en el Derecho Internacional Privado, pero me he dado cuenta que este tema no ha sido tomado por la mayoría de los tratadistas del Derecho.

Casi todos los autores que tuve a la vista para documentar mi trabajo, desarrollan sus teorías o puntos de vista sin rebatir las ideas de quienes no opinan como -- ellos, y tal cosa ha traído consigo el que cada quien se -- haya encerrado dentro de los límites de su pensamiento, sin emprender la discusión que permite elegir a los demás la -- doctrina que más atinada les parezca.

Es así que, el presente trabajo es no sólo con la intención de cumplir con el requisito que establecen los Estatutos de nuestra Universidad, sino con el fin de colaborar en la modesta esfera de mis conocimientos actuales, por

lo que es un esfuerzo para poder tratar de una manera sose-
ra el problema de la retroactividad.

Quisiera que el H. Jurado tome en cuenta el inte-
rés que se ha puesto en la investigación de este estudio y-
vea con benevolencia los errores y desaciertos que se con--
tengan y adolezca por la falta de experiencia jurídica, es-
perando que sirva para aquellos compañeros que aún se en- -
cuentran dentro de las aulas de la Facultad de Derecho, - -
agradeciendo a los miembros del H. Jurado las atenciones pa-
ra el presente sustentante.

Hechas las manifestaciones que anteceden, pasare-
mos a dar inicio al presente trabajo en la forma y plan que
a continuación se indica:

CAPITULO I.- CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO.

- a).- Planteamiento y definición de la retroactividad de las leyes.
- b).- Diversas teorías:
 - 1.- Derechos adquiridos; exposición y crítica.
 - 2.- Exposición y crítica de la teoría de Roubier.
 - 3.- Teoría de Planiol.
 - 4.- Teoría de Bonnacase.
- c).- La irretroactividad de la ley y sus excepciones.
- d).- La irretroactividad en diversas materias:
 - 1.- Derecho Penal.
 - 2.- Derecho Procesal.
- e).- Comentarios del Derecho Positivo Mexicano.

I).- CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO:

a).- Planteamiento y definición de la retroactividad de las leyes:

Planteamiento.- Las normas jurídicas en principio, rigen todos los hechos que, durante el lapso de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos, si un supuesto se realiza mientras una ley está en vigor, las consecuencias jurídicas que la disposición señala deben imputarse al hecho condicionante. Realizado éste, ipso facto se realizan sus consecuencias normativas.

Las facultades y deberes derivados de la realización de un supuesto poseen una existencia temporal más o menos larga, algunas veces la disposición normativa indica la duración de aquéllas; otras, tal duración es indefinida y la existencia de las consecuencias de derecho dependen de la realización de ciertos supuestos.

García Maynez nos pone un ejemplo: "Si una persona ha ganado en juego no prohibido, determinada suma de dinero, el ganancioso tiene en este caso la facultad de exigir la entrega de tal cantidad, si el deudor paga, extingue se concomitentemente el derecho subjetivo del acreedor y el deber jurídico del perdidoso, y el pago interviene entonces como hecho jurídico extintivo de las dos citadas consecuen-

cias". (1).

Esto quiere decir, que al realizarse el supuesto de un precepto legal, puede ocurrir que las consecuencias - normativas se extingan totalmente durante la vigencia del - precepto, pero puede suceder lo contrario, es decir, no cumplirse, García Maynez plantea la siguiente cuestión: "La -- ley 1 establece que si A es, debe ser R, hallándose en vi-- gor tal precepto, realizase su supuesto jurídico, y empie-- zan a producirse las consecuencias de derecho, antes de la -extinción del deber jurídico R y de la facultad jurídica correspondiente, la ley 1 es derogada por la ley 2, concebida en estos términos: Si A es, debe ser X, ¿Quiere esto decir-- que el hecho A, ocurrido durante la vigencia de la primera-- ley no puede ya engendrar, durante la vigencia de la segun-- da las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con aquélla, correspondían a la realización de su hipótesis?" (2).

Planteado el problema en otras palabras, ¿Puede-- aplicarse al hecho A la segunda ley, tomando en cuenta que-- el citado hecho, aunque ocurrido durante la vigencia de la-- primera, corresponde al supuesto de la posterior y debe --- producir, de acuerdo con ésta, consecuencias jurídicas di-- versas de las que la otra le atribuía? García Maynez tra-- ta de explicar el problema con el siguiente ejemplo: "Supo-- niendo que la primera ley disponga que todo hombre, al cum--

(1).- García Maynez Eduardo, Introducción al Estudio del -- Derecho, Décimo Séptima edición, Editorial Porrúa, S.- A., 1970, págs. 388-390.

(2).- García Maynez Eduardo, Ob.Cit. págs. 388-389.

plir veintiun años, debe considerarse como mayor de edad, y que otra fija en veinticinco años el principio de la mayoría de edad" (3).

De acuerdo con lo expuesto, habrá que reconocer que todos los hombres que, durante la vigencia de la primera ley, cumplieran los veintiun años, llegaron a ser, desde ese momento mayores de edad.

Pero mucho de ellos eran acaso menores de veinticinco, al entrar en vigor la segunda ley, derogativa de la primera ley.

En este caso, el problema consiste en determinar si esos individuos de más de veintiun años y menores de veinticinco años, deben ser considerados o no, al iniciarse la vigencia de la segunda ley, como mayores de edad, ¿Podrá aplicárseles dicha ley y decirse que, si bien fueron mayores de edad desde los veintiun años hasta la iniciación de la vigencia de la posterior, dejaron de serlo desde ese momento?, o para emplear la terminología apropiada del término retroactivamente, o ¿Será correcto aplicar retroactivamente la segunda ley?

El principio general que domina esta materia es que la ley no debe aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna, pero este principio no es considerado --

(3).- Ibidem.

como absoluto, y todos los autores admiten que sufre excepciones.

Tratando de llegar a la conclusión del problema planteado, la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (4), nos marca dicho principio general en su artículo 14, - en los siguientes términos: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

Definición de la retroactividad de las leyes:

Rojina Villegas, nos hace una explicación amplia en lo que se refiere al principio de la irretroactividad de la ley. Nos plantea tres hipótesis en lo referente al conflicto de leyes en el tiempo:

"1.- La primera trata de hechos o actos jurídicos, que nacieron y produjeron todos los efectos bajo la vigencia de la ley anterior; aquí vemos que no existe problema sobre la aplicabilidad de la retroactividad de la ley, y se rompe el principio de la irretroactividad de la ley.

2.- En esta segunda situación jurídica se entiende, que nace bajo la vigencia de la ley nueva, produce todos sus efectos y no existe problema ninguno en virtud de - que es evidente que será esa ley la aplicable.

3.- En la tercera hipótesis la situación jurídica

(4).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, edición quincuagésima novena, pág. 11, edit. Porrúa, S.A., 1976.

ca nace bajo la vigencia de una ley anterior, pero sigue -- produciendo efectos jurídicos al entrar en vigor la ley nueva" (5).

En esta tercera hipótesis es en donde verdaderamente surge el problema para determinar qué ley debe seguir aplicándose, si la misma que ha seguido rigiendo los hechos jurídicos, o bien, si debe regular la nueva ley los efectos jurídicos, debido a que se actualizan los efectos jurídicos cuando esta ley entra en vigor.

El problema de la retroactividad nos dice Rojina Villegas, se presentará: "Cuando haya situaciones de tracto sucesivo o situaciones en curso, al entrar en vigor la nueva ley" (6).

En lo que toca a la retroactividad de las leyes, García Maynez opina lo siguiente: "Que en materia de retroactividad surgen dos problemas fundamentales:

a).- Establecer cuándo la aplicación de una ley es retroactiva.

b).- Cuando puede una ley aplicarse retroactivamente" (7).

La primera cuestión la resuelve el autor citado, diciendo: "Que la ley es retroactiva cuando aplicada supri-

(5).- Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil, Introducción, Personas y Familia, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Antigua Librería Robredo, Méx. 1964, págs. 41-42.

(6).- Ibidem.

(7).- García Maynez Eduardo, Ob.Cit. pág. 389.

me o modifica las consecuencias jurídicas de un hecho sucedido bajo la vigencia de una ley anterior o sea que, para aplicar una ley retroactiva debe tener como resultado, la subsistencia, perduración de los deberes y los derechos derivados de la realización del supuesto de la nueva ley precedente" (8).

Para García Maynez no existe el problema de la retroactividad de la ley, sino el verdadero problema se presenta al querer "establecer las excepciones al principio de retroactividad" (9).

Si tomáramos como base el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que a la letra dice: "A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna" (10), el sentido de este artículo nos da el camino para poder aplicar una norma jurídica retroactivamente y a la misma vez estipula el principio de la irretroactividad de la ley, ahora bien, ¿cuándo sabemos que podrá darse efecto retroactivo a una norma jurídica?, esto lo sabremos cuando el ordenamiento jurídico que quiera aplicarse encuadre dentro de la hipótesis o supuesto jurídico del artículo 14 Constitucional mencionado o cuando la ley lo autorice explícitamente en su ordenamiento.

b).- Diversas teorías:

(8).- Ibidem, pág. 389.

(9).- Ibidem, pág. 389.

(10).- Constitución Política citada (4).

1).- Derechos adquiridos, exposición y crítica.

Suele considerarse a Merlin como el expositor -- más brillante de la tesis de los derechos adquiridos, según el citado jurista francés, "una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo el imperio de una ley anterior, no lo es, en cambio, si aniquila una facultad legal o una simple expectativa" (11).

Derechos adquiridos según los define Bonnacase -- como "Aquellos que han entrado en nuestro dominio y, en consecuencia, forman parte de él y no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los tenemos" (12).

Como ejemplo de derechos adquiridos cita Merlin -- "el caso de los derivados de la celebración de un contrato" (13), algunas veces la ley no crea derechos en nuestro favor, sino que nos concede determinadas facultades legales, -- que sólo se transforman en derechos adquiridos al ser ejercitadas, es decir, que con las facultades otorgadas por la ley sucede lo propio que con las concedidas por los individuos, mientras no asuma la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables.

García Maynez expone que esta teoría gira alrededor de tres conceptos fundamentales y que son:

(11).- Merlin citado por García Maynez Eduardo, Ob.Cit. -- pág. 390.

(12).- Bonnacase, Supplement, Tomo II, pág. 113, citado por García Maynez, Ob. Cit. pág. 390.

(13).- Merlin, citado por García Maynez Eduardo, Ob.Cit. -- pág. 390.

"a).- El derecho adquirido;

b).- El de facultad; y

c).- El de expectativa" (14).

El jurista francés Merlin, explica lo que se entiende por expectativa en los términos siguientes: "Expectativa es lo que decimos de la simple facultad no actualizada" (15), es decir, a la esperanza que se tiene, atendiendo a un hecho pasado o aun estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando éste nazca, esto depende, sea de la naturaleza del hecho, sea del estado de cosas de que aquélla deriva, la esperanza puede derivar de la voluntad más o menos contingente del hombre, o sea de una ley que en todo tiempo puede ser derogada por su autor, como en el caso de un testamento cuyo autor ha fallecido.

Resumiendo lo expuesto, podemos decir, que se puede tener con los efectos:

1.- De la voluntad todavía mudable y ambulatoria del hombre.

2.- De una ley que el legislador que la creó es siempre dueño de revocar.

3.- De un testamento cuyo autor ha fallecido; y-

(14).- García Maynez Eduardo, Ob. Cit. pág. 391.

(15).- Merlin, citado por García Maynez, pág. 391.

4.- Derivada de un contrato.

En el primer caso y segundo, es evidente que la expectativa o esperanza no constituye un derecho adquirido; porque no puede considerarse como adquirido el derecho que no se ha diferido todavía y cuya expectativa no se apoya si no en un acto siempre revocable.

Merlín nos da un ejemplo en la forma siguiente:-
"Que mientras el testador vive y ha dispuesto de sus bienes con arreglo a la ley vigente, puede una ley neutralizar que sean nuevas disposiciones y dejar sin efecto la esperanza que habían formado los herederos instituidos y los legatarios. Así es que mientras no se abre la sucesión que por la ley existente debe pertenecer en todo o en parte a tal persona, puede una nueva ley establecer otro orden de suceder, quitar a esta persona la esperanza que tenía de recoger la herencia" (16).

En el tercer caso, no puede haber expectativa si no en razón de una condición que el testador hubiera puesto a la institución o la manda es pura y simple no habrá ya -- expectativa sino derecho adquirido, aún antes de la aceptación del heredero o legatario.

Pongamos por ejemplo que un testador de una -- herencia fallece al año de haber instituido a su heredero --
(16).- Ibidem, pág. 391.

pero este bajo la condición de que se verifiquen tal o tal acontecimiento, esto quiere decir que mientras no se cumpla la condición, sólo tiene la expectativa de la sucesión del testador y esta expectativa se desvanecerá, en cuanto se -- cumpla con la condición.

Pero puede suceder que aún estando pendiente el cumplimiento de la condición, sobreviene una ley que destruye o limita los efectos de las disposiciones de la clase de aquélla que se ha hecho en beneficio del heredero, no por eso sufrirá ya lesión alguna dicha institución, porque el heredero nombrado bajo la condición, adquiere por la muerte del testador y por la irrevocabilidad de que entonces se reviste el testamento, el instituido adquiere el derecho de recoger la herencia en caso de que la condición llegue a -- cumplirse.

En el cuarto caso, la expectativa que resulta de un contrato está siempre fuera del alcance de las leyes posteriores, porque todo contrato forma un vínculo legal, que pone a los que lo suscriben en la necesidad de dar o hacer aquello a que se han obligado y no importa que la expectatiiva dependa de una condición que no puede cumplirse después de una mudanza sobrevinida en la legislación.

Funda su tesis Merlin de los derechos adquiri- -

dos: "en que el vínculo engendrado por el negocio jurídico-sólo puede resolverse por la no realización de la condición y no de otra manera posible" (17).

Burgoa Orihuela, hace un estudio muy completo sobre el artículo 14 Constitucional en lo que se refiere al principio de la irretroactividad de la ley.

El análisis de este artículo es importante e interesante, puesto que existe gran dificultad para determinar cuándo se aplicará retroactivamente una ley a un caso concreto, y cuándo aún aplicándose para el pasado no es retroactiva. Esto viene a ser un problema general del derecho, ya que la no aplicación retroactiva de la ley se ha elevado a la categoría de Garantía Constitucional, en esa virtud, el estudio de este problema no debe reservarse al Derecho Civil.

Burgoa Orihuela expone: "Que para analizar este problema de cuándo se aplica retroactivamente una ley, hay que plantear la verdadera hipótesis en que se presenta, postura que presenta en los términos siguientes:

Toda ley tiene elementos, es decir, abstracción, impersonalidad y generalidad, siempre opera para el futuro, nunca debe regir situaciones concretas, numéricamente limitadas que ya existan cuando se dicta la ley, porque pueden-

(17).- Ibidem, pág. 391.

ser leyes privativas.

Cuando se trata de actos, hechos o relaciones -- que surgen después de que la ley entre en vigor, no existe el problema de la retroactividad; tampoco existirá problema cuando se trata de actos o situaciones cabalmente consumadas antes de que la ley surja" (18).

El auténtico problema se plantea en esta tercera hipótesis cuando se trata de actos o hechos que surgen bajo la vigencia de la ley anterior, y sigue produciendo sus -- efectos cuando viene la ley nueva; este es el verdadero problema de la retroactividad; (conflicto de leyes en el tiempo), ¿Qué ley se aplicará en este caso?

Un acto jurídico por ejemplo: produce una situación jurídica continua; se celebra un contrato de arrendamiento bajo la vigencia de la ley anterior, pero el contrato produce una situación jurídica particular entre las partes que se prolonga hasta que se dicta la nueva ley, ¿Cuál ley se aplicará, la ley nueva o la antigua?

La doctrina ha dado varias soluciones por ejemplo:

La teoría clásica: parte de la diferencia entre derechos adquiridos y simples expectativas de derecho para-

18).- Burgoa Orihuela, Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, 1961, pág.-- 396.

resolver el problema de la retroactividad, sosteniendo que - cuando la ley nueva lesiona los derechos que una persona ha adquirido durante la vigencia de la ley antigua, esta ley - será retroactiva, pero cuando la nueva ley lesione simples - expectativas de derecho, no será retroactiva, dado que no - ha vedado derechos adquiridos.

Pone el siguiente ejemplo: Una persona hace tes tamento dejando heredero; la ley capacita al presunto here - dero para heredar (la ley vigente en ese momento); dice la - teoría clásica, mientras el testador no muera, el heredero - no tiene derechos adquiridos, sino simples expectativas de - derecho.

Suponiendo que en ese momento se dicta una nueva ley que prohíbe a esa persona heredar, pues en ese caso no - será porque se lesionan derechos adquiridos, pero si el - - heredero ya adquirió esa categoría por haber muerto el tes - tador, entonces no podrá aplicarse la ley nueva porque le - sionaría derechos que ya han sido adquiridos.

La teoría clásica no resuelve el problema de la - retroactividad, da un pauta para que en determinados casos - se pueda solucionar este problema, cuando la distinción en - tre derechos adquiridos y simples expectativas sea clara, - pero hay casos en que no lo es, la doctrina clásica despla -

za el problema a este otro: ¿Cuándo hay derechos adquiridos y cuándo simples expectativas? pero todavía hay más, -- los derechos condicionados estos, ¿Son derechos adquiridos o simples expectativas?, este argumento es definitivo en -- contra de la teoría clásica.

¿Qué ley se aplicará a los derechos adquiridos - sujetos a condición?

Veamos las diferencias entre los derechos condicionales y las simples expectativas, en estos últimos, no - existe la sumisión de la voluntad de la persona que la posee a ningún acontecimiento.

El testador del ejemplo puede revocar su testamento porque no está sujeto a ninguna condición, la persona que haya establecido una condición, sujeta la voluntad a la realización de ella.

La expectativa es contingente, la condición es - necesidad potencial; la destrucción de la primera, está en manos de la persona que la tiene, pero la condición sujeta - a las partes que las formulan; el cumplimiento de la obligación no debe dejarse al arbitrio de una sola de las partes. Así, si la condición llega a realizarse, nacerá la obligación o el derecho.

La teoría clásica no resuelve el problema. ¿Qué ley se aplicará, la vigente en el momento en que se estipuló la condición o bien la que rige en el momento de realizarse aquélla?

Laurent expone que, "Una ley no se aplicará retroactivamente cuando lesione simples intereses de la persona y su aplicación se juzgará retroactivamente cuando, obrando para el pasado, afecte derechos subjetivos adquiridos por la ley anterior" (19). Esta tesis supone más una imprecisión que la clásica, porque crea el problema de cuándo existen simples intereses y cuándo derechos adquiridos.

Coviello (20) parte de una verdadera hipótesis -- que plantea el problema de la aplicación retroactiva de la ley, es decir, referido a actos o a hechos cuyo nacimiento tiene lugar bajo la vigencia de la ley nueva. En estas situaciones qué ley se aplicará. Este problema casi siempre presenta ante la autoridad judicial.

El autor mencionado, parte de lo siguiente: Si los efectos de un acto causal puede analizarse en sí mismo, con independencia de la ponderación o examen del acto que les dió origen, a estos actos podrá aplicarse la ley nueva sin ser retroactiva. Si el juez se tiene que remitir al examen del acto casual que le dió origen, entonces la apli-

(19).- Laurent, citado por Burgoa Orihuela, Ignacio, Ob. -- Cit., pág. 379.

(20).- Coviello, citado por Burgoa Orihuela, Ignacio, Ob.-- Cit. pág. 380.

cación que se haga de la ley nueva será retroactiva, y pone este ejemplo: si se celebra un matrimonio bajo la vigencia de una ley que no permite el divorcio; esta ley es modificada, otra que establece como forma de disolución del vínculo matrimonial el divorcio, pues bien, uno de los cónyuges bajo la vigencia de la nueva ley, demanda el divorcio fundándose en una de las causales que la propia ley establece, el cónyuge demandado contesta la demanda diciendo, que el tiempo en que contrajeron nupcias, estas eran indivisibles.

El matrimonio es un acto causal, el efecto de él es su propia disolución. De esta forma, el juez, para determinar si existe la causa de divorcio. ¿Debe examinar el matrimonio conforme a la ley que estuvo vigente cuando se celebró?. No, la desvinculación existe porque el juez puede resolver por la ley nueva sin analizar el acto causal. En cambio, cuando el juez tenga que referirse al acto causal no podrá aplicar la ley nueva sino que resolverá de acuerdo con la ley vigente cuando se haya celebrado el acto causal.

En lo que se refiere a la tesis de las concausas y en opinión de Burgoa Orihuela dice: "Que partamos de la hipótesis en que se registra el verdadero problema de la retroactividad de las leyes, es decir, cuando nace un acto -

bajo la vigencia de la ley anterior y que sus efectos se --
prolongan hasta la vigencia de la ley nueva.

Hay actos que por sí mismos generan sus efectos -
y consecuencias, hay veces en que los efectos se producen -
por el mismo acto causal sin necesidad de que se produzca -
una condición, una concausa otras veces, es menester la ac-
ción de una concausa que coadyuve con el acto causal para -
que produzca sus efectos.

Cuando los efectos se produzcan por el mismo ac-
to, es decir, cuando sea el acto mismo el que genere sus --
consecuencias, se aplicará indudablemente la ley antigua, -
pero cuando los efectos no se produzcan por el sólo acto --
causal, sino que necesitan de una concausa, habrá que dis-
tinguir si la concausa surge de la ley antigua, o bien si -
la concausa surge bajo la vigencia de la ley nueva, para cu
yo caso, a dichos efectos o consecuencias se aplicará la --
ley nueva" (21).

Se ilustra lo expuesto mediante el siguiente - -
ejemplo: En el año de 1884, no existía el divorcio como me
dio de disolución del vínculo matrimonial, la ley de rela-
ciones familiares de 1917 (22), ya establece el divorcio, -
pues bien, supongamos que un matrimonio se celebró en 1889,
y en 1925 uno de los cónyuges demanda el divorcio con causa

(21).- Burgoa Orihuela, Ignacio, Ob.Cit. pág. 381.

(22).- Ley de Relaciones Familiares de 1917.

legal, el matrimonio como acto causal, no genera por sí mismo su disolución, se necesita la concurrencia de una concausa (adulterio).

Es decir, un fenómeno que la ley estima como causa de divorcio, entonces para determinar si procede el divorcio, se debe resolver si procede la causa de divorcio que es la concausa, así, si la causa nació bajo la vigencia de la actual, se aplicará ésta.

Citando el Decreto de Congelación de Rentas (23) para ilustrar el ejemplo siguiente: ¿Se aplican estos decretos retroactivamente? es decir, antes del decreto se celebró un contrato de arrendamiento y en él las partes ponen la cláusula de que en caso de que la calle se embellezca, el inquilino pagará un 50% más de renta, teniendo el derecho el arrendador de exigir dicho aumento.

Pensemos que esta condición se realiza bajo la vigencia del Código Civil anterior al decreto, pero supuestamente el arrendador, bajo la vigencia del decreto de congelamiento de rentas demanda el aumento de la renta, habría que ver si la calle se planificó o se embelleció bajo la vigencia de la ley antigua, caso éste en el que se aplicará dicha ley o bien si la condición se cumplió bajo la vigencia de la ley nueva y por tanto nació el derecho bajo esta

(23).- Decreto que prorroga los Contratos de Arrendamiento, Publ. en el Diario Oficial el 30 de diciembre de - - 1948, Cod.Civ., pág. 618, colección Purrúa.

nueva ley, se aplicará desde luego la nueva ley sin peligro de que sea retroactiva porque la concausa nació bajo esa vigencia.

No es posible para resolver una situación de caso concreto de aplicación de leyes, que se ocurra a una de las teorías, sino que se necesita el concurso de todas - - ellas, ejemplo de ello: Cuando haya distinción clara entre un derecho adquirido y una expectativa, se estará a la doctrina clásica.

La Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación, adopta la teoría clásica y dice: "Una ley se aplica - retroactivamente cuando opera sobre el pasado. Lesionando derechos que la persona haya adquirido bajo la vigencia de una ley anterior" (24).

La retroactividad no es vicio de la ley, salvo - que sea privativa, una ley siempre rige para el futuro, por que la retroactividad no es vicio de la ley: Desde el momento que una ley se expide para regir situaciones especificas ya creadas, esa ley será no sólo retroactiva sino privativa.

La Garantía Individual que consagra el artículo-14 Constitucional es contra la aplicación de las leyes re--troactivas; artículo que a la letra dice: "A ninguna ley se

(24).- Ejecutorias publicadas en los tomos IX pág. 432, X - págs. 880 y 1198, XVI pág. 1275, del Semanario Judicial de la Federación, citadas por Rojina Villegas,-Rafael, pág. 49.

dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna" - - (25); así, interpretando a contrario sensu, el precepto concluiremos que sí se podrá aplicar en su beneficio la retroactividad, esto ocurre en materia penal y evidentemente no se vicia la garantía que estudiamos.

Si la retroactividad fuera un vicio de la aplicación de la ley misma, los Constituyentes de 1857 cometieron el error que se expidieran leyes retroactivas. Nuestra - - Constitución Federal ya considera a la retroactividad como un vicio en la aplicación de la ley.

Se llaman leyes retroactivas a aquellas leyes -- que desde su misma expedición ya están afectando a los sujetos particulares que se encuentran comprendidos en la ley.

Las leyes procesales casi nunca son retroactivas sólo cuando limitan la defensa de las partes: ejemplo de -- ello es que la misma ley haga inoponibles excepciones que -- ya se dedujeron, o bien prohibiciones que ya se ejercita- -- ron, en estos casos si será retroactiva la ley procesal.

La garantía de no aplicación de las leyes retro-
activas operan en todas las ramas del derecho.

2).- Exposición y crítica de la doctrina de ---
Roubier.

(25).- Constitución Política, citada en el 4.

Opina Rojina Villegas (26), que la base de la -- teoría del jurista francés Poul Roubier (27), reside en distinguir el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley, que es la base de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo.

Las normas legales tienen efecto retroactivo - - cuando se aplican:

a).- A hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (facta praeterita), y

b).- A situaciones en curso, por lo que toca a - los efectos realizados antes de la iniciación de la vigen--cia de la nueva ley (facta pendentia).

Continuando con el tratadista francés, señala -- que si la nueva ley se aplica a consecuencias aún no realizadas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la preceden--te, aquella no tiene efecto retroactivo, sino inmediato. - En lo que respecta a los hechos futuros (facta futura) es - evidente que la nueva ley no pueda ser retroactiva.

Quando se plantea el problema de la aplicación - de las leyes en el tiempo, no se plantea en relación con -- las consecuencias jurídicas de un hecho, sino con las condi--ciones de constitución o extinción de una situación jurídi-

(26).- Rojina Villegas, Rafael, Ob.Cit. pág. 46 y 48.

(27).- Roubier, Poul, citado por García Maynez, Ob.Cit. pág. 390.

ca, la nueva ley no puede modificar, sin ser retroactiva ta les condiciones, ya que éstas quedan comprendidas, por su misma índole, dentro del concepto de hechos pasados (facta-praeterita).

En lo que respecta a la materia de contratos, el jurista Roubier, considera: "Que aún cuando las considera--ciones de validez, las reglas sobre capacidad de los contra tantes y las consecuencias jurídicas de los contratos se en cuentran en gran medida prefijadas en la ley, las partes --conservan, sin embargo, amplio margen de libertad, dentro -del cual pueden manifestar su voluntad en múltiples formas, con vista a la producción de efectos de derecho.

El contrato constituye, en este caso, un acto de previsión, los contratantes, que vinculan a él sus intere--ses, saben que pueden esperar del juego de las cláusulas ex presas del acto, e incluso de la ley.

Es evidente que la elección hecha por las partes será inútil si una nueva ley, modificando las disposiciones del régimen en vigor del día en que el contrato fue conclui do, viniese a echar por tierra sus preceptos" (28).

Ejemplos para ilustrar lo expuesto, cuando dos -personas se casan, cuando un sujeto adquiere un usufructu o una hipoteca, en estos casos encontramos indudablemente co-

(28).- Roubier Poul, citado por García Maynez, Eduardo, pág. 393-394.

mo base de tales actos un hecho voluntario; pero los interesados saben que no hay más elección que la de seguir o no el régimen legal.

Por lo contrario, cuando dos personas celebran una venta o un contrato de arrendamiento, saben que pueden insertar determinadas cláusulas, condiciones o modalidades del acto, y si algo esperan de la ley, es solamente una protección complementaria, en relación con lo que hubieran dejado de prever o de enunciar.

Crítica a la teoría de Poul Roubier.

La doctrina de Poul Roubier, abarca esencialmente con claridad la distinción sobre el problema del efecto inmediato de la Ley por una parte, y del efecto retroactivo por la otra.

García Maynez "Está en desacuerdo con este jurista francés, en lo tocante al concepto de retroactividad" - - (29), Roubier considera: "Que una ley es retroactiva cuando modifica determinadas consecuencias de derecho, realizadas totalmente bajo el imperio de la ley anterior o se aplica a efectos producidos antes de la iniciación de la nueva ley. - Si se trata de efectos no realizados al entrar en vigor la nueva disposición tales efectos quedan inmediatamente sometidos a ella, sin que pueda hablarse de aplicación retroactiva" (29).- García Maynez, Eduardo, Ob.Cit. págs. 294-395.

va" (30).

Este aspecto de la doctrina descansa en un equívoco, se refiere a la expresión "efectos realizados". Al hablar de nociones generales de supuestos jurídicos y de hechos jurídicos, las consecuencias de derecho que enuncia la disposición de un precepto legal sólo puede imputarse a las personas a que el mismo precepto se refiere, cuando se ha realizado el supuesto jurídico, de ahí, que las consecuencias de derecho (facultades o derechos) se producen en el momento mismo en que el supuesto condicionante se ha realizado.

3).- Teoría de Planiol.

Planiol y Roubier coinciden en lo que toca a los derechos adquiridos.

Planiol propone la fórmula siguiente para explicar la retroactividad: "Dice que las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, o sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho" (31).

Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de otros, incluso anteriores, sin ser retroactiva.

(30).- Roubier, Poul, Ob.Cit. pág. 598, citado por García Maynez, pág. 393.

(31).- Planiol, *Traté, elementare de Droit Civile*, París, - pág. 97, cit. por García Maynez, pág. 394.

4).- Teoría de Bonnacase.

La tesis de Bonnacase, está basada: "En la distinción entre situaciones jurídicas abstractas y concretas. Una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta, y no lo es, cuando simplemente limita o extingue una situación abstracta creada por la ley precedente." (32).

Más adelante explica el tratadista en estudio, la distinción entre las situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas, "situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada. Ejemplo: Una ley establece qué personas son capaces de heredar. Relativamente y si no hay impedimentos todos ellos lo son, la ley crea una situación jurídica abstracta en cuanto determina, de modo genérico, qué requisitos deben concurrir en un sujeto para -- que se halle en condiciones de ser instituido heredero.

Nos da otro ejemplo diciendo: una ley rebaja a dieciocho años la edad de la mayoría, todos los menores de dieciocho años se encuentran relativamente incorporados a la nueva ley, en una situación jurídica abstracta. Pero -- cuando esa edad se cumple, la situación jurídica abstracta se torna concreta." (33).

(32).- Bonnacase, Supplement, II, pág. 19, citado por García Maynez, pág. 396.

(33).- Ibidem.

Distinguiendo de la abstracta, la situación jurídica concreta es la manera de ser derivada para ciertas personas de un acto o de un hecho jurídico, que pone en juego en provecho suyo o a cargo de él, las reglas de una institución jurídica e ipso facto le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa.

Para que haya una transformación de la situación jurídica abstracta en concreta, no es necesario que concurre la voluntad, de los interesados. En ciertas ocasiones deriva de hechos no voluntarios. Como el soltero que puede convertir su situación jurídica abstracta en relación con el matrimonio, en una situación concreta, para lo cual le basta casarse. El sujeto capaz de heredar, en cambio, no se convierte en heredero por acto propio sino por la muerte del testador.

Lo anterior revela que la transformación abstracta en concreta depende de un hecho o un acto jurídico.

El individuo que bajo la ley anterior era menor de edad, se habrá convertido en mayor de edad, por haber alcanzado la edad fijada por esa ley, no volverá a ser menor si la nueva ley aumenta la edad de la mayoría; de lo contrario, la segunda ley no puede escapar del efecto retroactivo.

Si el legislador no formula expresamente una voluntad contraria, el individuo ya menor por haber cumplido veintiun años, bajo el imperio de una ley que fija en veinticinco años la mayoría de edad, no volverá a ser menor hasta los veinticinco, so pretexto de que la nueva ley haya retardado la iniciación de la mayoría.

Para determinar la situación jurídica abstracta o concreta, bastará con saber o que se haya realizado el hecho o el acto jurídico que condiciona el movimiento de las facultades o deberes derivados de la misma norma. En caso afirmativo, la persona está frente al precepto, en una situación jurídica concreta, en la hipótesis contraria, la situación del sujeto frente a la ley, es abstracta, y, por ende, una nueva ley puede modificarla, sin que quepa hablar de retroactividad.

c).- La irretroactividad de la ley y sus excepciones.

En materia de retroactividad existen dos problemas fundamentales a saber: El primero estriba, en establecer cuándo la aplicación de una ley es retroactiva, en el segundo, determinar cuándo puede una ley aplicarse retroactivamente.

La primera cuestión planteada ya ha sido resuel-

ta, es decir, una ley es retroactivamente aplicable cuando suprime, modifica las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la anterior. La posibilidad de una aplicación retroactiva implica, por consiguiente, la subsistencia o perduración de los deberes y derechos derivados de la realización del supuesto de la ley precedente.

Si tales deberes y derechos se han extinguido en su totalidad durante la vigencia de la primera norma, ya no es posible que la nueva ley les suprima o modifique.

En realidad, la determinación del concepto de retroactividad no ofrece grandes dificultades. Creemos haber demostrado que el verdadero problema no es el de la definición de la ley retroactiva, sino el de las excepciones al principio de la irretroactividad.

En qué casos debe aplicarse la ley retroactivamente, o expresado en otra forma, ¿Cuándo puede una ley modificar o extinguir las consecuencias jurídicas de un hecho ocurrido bajo el imperio de una ley anterior, cuyos supuestos era idénticos a los de la nueva?

Se ha dicho que el principio general es de que a ninguna ley debe aplicarse retroactivamente, en perjuicio de persona alguna. Esto significa que la aplicación es lícita en aquellos casos en que a nadie perjudica.

Algunos autores afirman que la regla de la no retroactividad sólo vale para el juez, no para el legislador. Desde este punto de vista el autor de la ley está siempre - facultado para ordenar que un precepto se aplique a hechos pretéritos.

Estableciendo así de este modo excepciones al -- principio general. Esta tesis García Maynez dice: "No puede ser aceptada por nosotros en los mismos términos que los autores europeos la han formulado, porque la regla de la retroactividad constituye en nuestro derecho una garantía individual." (34)

Si observamos lo expuesto anteriormente, es indiscutible que no vale sólo para los jueces, sino también - para el legislador ordinario. Únicamente en los casos en - que la aplicación retroactiva de una ley a nadie perjudique o cuando, a pesar de ello, la Constitución Federal autorice dicha aplicación es posible hacer a un lado el principio de irretroactividad.

Pongamos un ejemplo Constitucional, en que tácitamente se admite la posibilidad de una aplicación retroactiva de las leyes, relativas, al párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, estatuyendo: "La nación tendrá en todo tiempo el -

(34).- García Maynez, Eduardo, Ob. Cit. págs. 399 y 400.

derecho de imponer a la propiedad privada las modificaciones que dicte el interés público, así como el de regular el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, para sacar una distribución equitativa de la riqueza pública y para cuidar su conservación." (35)

d).- La irretroactividad en diversas materias.

1).- En materia penal:

El principio general de que ninguna ley debe producir efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna, - llégase a la conclusión de que la retroactividad es lícita, cuando lejos de perjudicar, beneficia a los particulares. - Y es por esto que se admite que en materia penal, las leyes que reducen una pena deben tener siempre efectos retroactivos, en virtud de que tal pena impuesta al reo beneficia a éste. En el caso de que el sentenciado haya obtenido una resolución, al momento de haberse dictado una ley que pueda propiciar esa reducción.

Algunos autores opinan que, en casos en que al entrar en vigor la ley más benigna aún no se ha dictado sentencia firme, sino también en aquéllos en que el reo ha sido condenado por sentencia irrevocable y se encuentra sufriendo su condena.

(35).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pág. 18, citada 4.

Para que pueda aplicarse retroactivamente la ley nueva es necesario, que las consecuencias jurídicas de la anterior no se hayan extinguido, y que, en esta última hipótesis, carecería de sentido hablar de retroactividad.

Pongamos como ejemplo, si un hombre es condenado a treinta años de cárcel, por haber matado a un semejante, y una nueva ley reduce el monto de la pena corporal correspondiente al homicidio, pero entra en vigor cuando el condenado cumplió ya su condena, resulta imposible aplicar retroactivamente el nuevo precepto legal en su favor.

En lo que respecta a las medidas de seguridad -- los penalistas han opinado que deben aplicarse retroactivamente las leyes que beneficien al reo. Como no tienden a imponer una expiación dolorosa, sino a corregir y proteger al delincuente, la ley debe tener siempre efectos retroactivos, pues de suponer que la medida de seguridad instituida por la ley posterior vigente en el momento de aplicación, es la más adecuada al fin de corrección y tutela que se atribuye, la eficacia jurídica procesal. (36)

Si una ley cambia la forma y requisitos de la demanda judicial, puede aplicarse aún cuando se trate de hechos de índole material, ocurridos mientras se hallaba en vigor una ley procesal diversa. En cambio, no debe aplicarse

(36).- Carnelutti, Sistema, I, pág. 96, cit. por García Maynez, pág. 401.

se a hechos procesales ocurridos antes de su entrada en vigor. Expresado en otra forma, las demandas ya formuladas - al aparecer la nueva ley deben quedar sujetas a los requisitos de forma señalados por la precedente ley.

Por regla general, las leyes procesales contienen una serie de artículos transitorios, que fijan los criterios para la solución de los diversos conflictos en relación con el tiempo.

e).- Comentarios del Derecho Positivo Mexicano.

Comenta Rojina Villegas que: "Conforme al artículo 14 de la Constitución General de la República de 1857, se establecía el principio de que la ley no podía ser retroactiva en perjuicio de persona alguna y el artículo 14 de la Constitución vigente del 17, vino a cambiar este precepto, estableciendo que la ley no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna." (37)

Notándose que existe la diferencia entre el hecho de que la ley no debe ser retroactiva, con prohibición al legislador, y el que no se dé a ninguna ley efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, con prohibición al juez, al funcionario administrativo o en general al órgano del Estado que debe aplicarla.

(37).- Rojina Villegas, Rafael, Ob. Cit. pág. 49.

A este respecto el artículo 14 de la Constitución del 5 de febrero de 1857 a la letra dice: "No se podrá expedir ninguna ley retroactiva. Nadie podrá ser juzgado ni sentenciado sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él por el tribunal que previamente haya establecido la ley" (38) y el mismo artículo pero de la Constitución del 5 de febrero de 1917 suprimió el concepto "dadas con anterioridad al hecho", artículo que a su letra dice: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna" (39).

En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sentado Jurisprudencia en la interpretación del artículo 14 Constitucional vigente, confirmando el principio de que en la actualidad, sí puede expedirse una ley retroactiva, pero no puede aplicarse en perjuicio de persona alguna.

Asimismo ha estimado la Corte que: "Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial" (40)

En el mismo sentido el artículo 5 del Código Civil para el Distrito Federal en vigor, estatuye: "A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroacti-

(38).- Constitución del 5 de febrero de 1857, citada por --
Rojina Villegas, pág.49.

(39).- Constitución Política citada por Rojina Villegas, --
pág. 49.

(40).- Jurisprudencia citada en el 24.

vo en perjuicio de persona alguna" (41).

(41).- Código Civil para el D.F., pág. 42, Colec. Purrúa, - S.A., pág. Ed. 1979.

CAPITULO II.- CONFLICTO DE LEYES EN EL ESPACIO.

a).- Concepto y definición del Derecho Internacional Privado.

b).- Planteamiento del conflicto de las leyes.

c).- Naturaleza de la norma de Derecho Internacional Privado.

1).- Norma formal y norma material.

2).- Norma directa y norma indirecta.

II).- CONFLICTO DE LEYES EN EL ESPACIO.

a).- Concepto y definición del Derecho Internacional Privado.

La disciplina jurídica cuyo estudio se va a emprender se encuentra muy distante de poseer unos contornos perfectamente delimitados. Todo, o casi todo, en ella es objeto de discusión.

Arminjón, dice que: "Su objeto, está mal determinado; su esfera, mal circunscrita; su lugar en la legislación, mal fijado; sus materias, mal clasificadas; su terminología mal definida y frecuentemente anfibológica; su mismo nombre, ambiguo y contradictorio, mal formado y propio para dar una idea falsa de lo que designa. Además, muchas reglas son todavía incompletas, imperfectamente justificadas y dudosas y discutidas por lo menos en sus aplicaciones" (42).

Aunque existe algo de exageración en tan rotundas palabras del jurista antes mencionado, Miaja de la Muela, se refiere a la definición del Derecho Internacional Privado, diciendo que: "Nos encontramos ante una rama del Derecho pobre en normas positivas, hecho que obliga a la vez a la especulación doctrinal, a la realización de una intensa tarea que excede notoriamente de las ordinarias mi-

(42).- Arminjón, Précis de Droit International Privé, 3a. ed. Tomo I, París, 1947, pág.13, citado por Miaja de la Muela, pág. 9.

siones de interpretación y sistematización de las reglas vigentes cumplidas por la doctrina en otras ramas jurídicas"- (43).

De tal suerte que se da origen a grandes discu--siones teóricas y estas empiezan con el concepto mismo del derecho internacional privado. La determinación de este -- concepto nos ofrece gran dificultad, si se considera de la propia denominación que esta indica que consta de un género próximo —Derecho Internacional— y una diferencia específi ca, determinada por el adjetivo privado. Sobre esta base,- nada más fácil que aplicar el adjetivo al concepto que cali fica, y hallar así una noción clara del Derecho Internacio- nal Privado.

Pero esta indagación no nos conduciría a una so- lución positiva, en cualquiera de los sentidos que la pala- bra "privado" se emplea en oposición al "público" dentro de la ciencia jurídica, nos llevaría a un orden de hechos o de conceptos que difícilmente podrían conjugarse con la carac- terística de internacionalidad que entra también en el con- cepto de la rama jurídica que nos proponemos estudiar.

La clasificación del Derecho en Público y Priva- do pierde su sentido al ser aplicada al orden jurídico in-- ternacional , es decir, no existe en él una bifurcación de-

(43).- Miaja de la Muela, Adolfo, Derecho Internacional --- Privado, Octava edición (reimpresión), Edit. Atlas,- Madrid, 1981, Tomo I, Introducción y parte General,- págs. 9 y 10.

dos ramas, sino que los fenómenos que se incluyen dentro -- del Derecho Internacional Privado y las normas que les regulan han tenido una procedencia y una evolución muy distinta a los hechos y reglas que caen bajo el ámbito del Derecho - Internacional Público.

A partir del año de 1834 el jurista norteamericano Story llamó a nuestra disciplina con el nombre que actualmente suele designársele, no obstante entender que estaba dedicada al estudio de reglas integradas en el Derecho - Interno de cada país. (44). Y con esto podemos notar la -- tendencia a separar al Derecho Internacional en dos ramas - distintas, más tarde Foelix utilizó la misma denominación - (45).

Muchos juristas han admitido la existencia de reglas internacionales para la regulación del problema que, - en su opinión formaban parte del Derecho Internacional Privado, pero ninguno de ellos pudo sustraerse a la necesidad de exponer también las normas positivas de su legislación - patria sobre tales problemas con una extensión mayor que la que se dedica a las leyes del país del escritor en las - - obras de Derecho Internacional Público.

Este fenómeno indica que, en lo que llamamos Derecho Internacional Privado, la nota de internacionalidad -

(44).- Niboyet, J.P., Derecho Internacional Privado, libro primero, Editorial Nacional, S.A., México, 1951, pág. 42, "En los Comentarios en the conflict of laws, aparece la expresión Private International Law.

(45).- Foelix, Droit International Privé, citado por Niboyet, pág. 42.

posee un cierto problema que nos impide tomarla como punto de partida.

El razonamiento anteriormente expuesto, nos lleva a la conclusión de que el método deductivo, consiste en el examen del género próximo y la diferencia específica del Derecho Internacional Privado, no viene a ser la vía adecuada para poder llegar a un concepto adecuado. Intentaremos, pues el procedimiento contrario, intentando por vía inductiva la presentación de los problemas cuya solución está a -- cargo del Derecho Internacional Privado.

Pero tampoco tenemos una unidad en la doctrina -- sobre esta solución. Pero existe una cuestión en el Dere-- cho Internacional Privado que para muchos autores, es úni-- ca, es decir, se trata del conflicto de leyes, expresión -- consagrada por el uso, pero de dudosa exactitud ya que los-- ingleses hablan de choice of law y esta idea de elección es más exacta, pero para mayor claridad en nuestro estudio, se-- guiremos la terminología clásica.

Para tener una idea clara del concepto de dere-- cho nacional privado, es necesario tomar en cuenta las di-- versas exposiciones que se han manejado diversos elementos, es decir, que para el jurista mexicano Luis Pérez Verdía el Derecho Internacional Privado "es una modalidad del Derecho

Privado que tiene por objeto someter las relaciones sociales entre individuos, a las reglas jurídicas que convenga a su naturaleza, o el conjunto de principios que definen los derechos de los extranjeros y la competencia respectiva de las diversas legislaciones en lo que concierne a las relaciones internacionales de orden público." (46)

En este concepto del tratadista señalado, estima que el Derecho Internacional Privado es una rama del Derecho Privado, noción repudiada por los tratadistas que ubican el Derecho Internacional Privado dentro del Derecho Público o, que por lo menos, rehuyen la clásica sistematización inicial del Derecho Público y Privado.

Para José Algara propone como definición de Derecho Internacional Privado como: "El conjunto de principios positivos o filosóficos, que regulan las relaciones jurídicas, civiles y penales, de los individuos sujetos a diversas leyes, estableciendo cuál de éstas debe preferir para resolver el conflicto." (47)

Tiene este concepto el mérito relevante de señalar como misión al Derecho Internacional Privado la de determinar entre diversas leyes aquella a la que se encuentran sujetos los individuos.

Antonio Sánchez de Bustamante, jurista cubano, -

(46).- Arellano García, Carlos, Derecho Internacional Privado, editorial Purrúa, S.A., México 1974, Primera Edición, pág. 14.

(47).- Ibidem, pág. 14.

autor del Código de Derecho Internacional Privado, sancionado en la VI Conferencia Panamericana reunida en la Habana, - en 1928, define la ciencia que nos ocupa como: "El conjunto de principios que determinan 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." (48)

La definición de este jurista a decir de Arellano García: "es una de las mejor logradas, únicamente, tiene, - el inconveniente de que utiliza la expresión —incompetencia legislativa—. La acepción más usual de esta expresión alude a la actitud para crear leyes y los conflictos de leyes en el espacio se suscitan en relación, no con la creación de las leyes, sino en relación con la aplicación de -- las mismas. Además, las normas jurídicas que pueden entrar en conflicto, no siempre han sido creadas a través de una ley, dado que existen otras fuentes formales del orden jurídico." (49)

Rafael Conde y Luque, jurista español, entiende - por Derecho Internacional Privado: "Aquella parte de la En - ciclopedia jurídica del extranjero, atribuirle los derechos civiles y determinar la ley que debe regir estos derechos." (50)

Se nota sobresalientemente en este concepto un --

(48).- Ibidem, pág. 15.

(49).- Ibidem, pág. 15.

(50).- Ibidem, Pág. 16.

criterio enumerativo que pretende señalar como contenido a nuestra materia la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros.

Werner Goldschmidt, nos hace la siguiente exposición para definir lo que en el Derecho Internacional Privado: "Es el conjunto de las soluciones de los casos iusprivatistas con elementos extranjeros, basada en el respeto hacia dichos elementos: la ciencia del Derecho Internacional Privado enseña las reglas y métodos para alcanzar estas soluciones." (51)

Para poder saber qué es el Derecho Internacional Privado, tendremos que saber distinguir su objeto y finalidad.

El objeto del Derecho Internacional Privado, es el caso iusprivatista con elementos extranjeros. Todas las materias se refieren, como el Derecho Internacional Privado, al ámbito espacial del derecho, pero todos ellos pertenecen al derecho público que es territorial, mientras que el Derecho Privado es extraterritorial, es decir, el fenómeno de interpretación del Derecho vigente entre los países es imprescindible como dice Arellano García: "Un Estado -- que tratase de evitar la aplicación en su territorio de la norma jurídica extranjera, o que no quisiera en ningún ca--

(51).- Goldschmidt, Werner, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, 4a. edición, edit. Europea, - América 1952, pág. 29-30.

so, la aplicación en el extranjero de sus disposiciones legales se aislaría jurídicamente." (52)

Por lo tanto, al aparecer el derecho extranjero ante los tribunales de un determinado país, es privativo -- del Derecho Internacional Privado.

El elemento extranjero puede ser personal, real o conductista.

Personal: uno de los protagonistas del caso posee una nacionalidad, un domicilio, una residencia extranjera.

Conductista: un suceso litigioso se ha llevado a cabo en el extranjero. Lo extranjero se refiere a lo que no pertenece a nuestro Estado.

La finalidad del Derecho Internacional Privado, -- consiste en dar al caso iusprivatista con elementos extranjeros una reglamentación respetuosa con éste, su elemento extranjero. El medio para el logro de este fin, es la aplicación del derecho extranjero.

b).- Planteamiento del conflicto de leyes:

Las relaciones de la vida privada nos dan sin duda alguna el efecto o resultado a la ley que debe regirlas.

(52).- Arellano García, Ob. Cit. pág. 17 y 18.

Un español vende a un compatriota suyo una finca situada en España, en contrato celebrado dentro de territorio español; no puede haber duda sobre qué leyes deben regir este contrato, puesto que las condiciones de forma y fondo del contrato y los efectos que puedan surtir de este, deberá este celebrarse de acuerdo con la legislación española.

En lo que toca a los elementos personales, reales o formales de esa relación, aparece vinculado con otro país, por ejemplo: un comprador o vendedor son extranjeros, si el contrato se celebró fuera de España o si la finca materia del contrato se encuentra fuera del territorio español, no es ya claro cuál será la legislación aplicable, y señalarla es el objeto del problema llamado conflicto de leyes.

Los juristas españoles se han ocupado de esta clase de fenómenos que la caracterizan, por la presencia de una relación jurídica cuyos elementos están dispersos y habrá de ordenar y encuadrar a una ley determinada, para poder aplicar la norma jurídica que venga a solucionar el problema planteado. El empleo de una técnica más rigurosa nos permite observar que es prematuro calificar a una relación humana como jurídica en un momento en que no sabremos aún qué legislación va a ser la aplicada.

Suponiendo que entre un francés y un español se ha convenido la venta de una cosa mueble, pero todavía no ha tenido lugar la entrega ni de ésta ni del precio pactado. Para que haya relación jurídica es preciso que la relación humana que le engendra sea coincidente con el supuesto de hecho al que una norma señala determinadas consecuencias jurídicas; ahora bien, en el ejemplo propuesto estos son diferentes, según que sea aplicable a la legislación francesa.

En el conflicto de leyes existen, pues, dos o más relaciones jurídicas en potencia, tantas como leyes tengan contacto con las personas, cosas o actos que figuran en el supuesto de hecho, pero no se señala exactamente la ley aplicable, es decir, mientras no se resuelve el conflicto, lo único que, sin género de duda alguna, tenemos ante nosotros una relación humana, fáctica, propia de la vida. De relación jurídica sólo se podrá hablar como esté fijada la legislación destinada a regular aquella relación humana.

El ámbito de los conflictos de leyes es muy extenso. Dentro de él se encuentran varios tipos, no todos gozan de los mismos títulos para ser incluidos dentro del Derecho Internacional Privado, nos encontramos con los conflictos que surgen entre las leyes de diversos Estados.

La división de la comunidad internacional en Estados cada uno de los cuales se da una legislación diferente, es lo que viene a ser el supuesto esencial del Derecho Internacional Privado, en unión de la naturaleza cosmopolita del hombre, cuya vida jurídica traspasa las fronteras de su propio país; un individuo realiza un negocio jurídico -- fuera de su patria, entra en relación de tipo civil o mercantil con un extranjero o adquiere bienes situados en otro país, queda planteado el problema esencial de Derecho Internacional Privado de determinar cuál será la ley aplicable a la relación que se ha constituido, y la resolución de esta será múltiple, puesto que una ley será aplicable a la capacidad de los sujetos de aquella relación, otra a la forma del negocio, y acaso una tercera al fondo del mismo.

Un segundo tipo de problema se presenta cuando en el interior de un mismo Estado, coexisten diferentes legislaciones. El estado jurídico del individuo sujeto a una de ellas con personas que, aunque compatriotas suyas, están vinculadas a legislaciones distintas, la realización de actos o los derechos sobre bienes situados donde impera otra legislación diferente, plantean cuestiones interregionales de gran analogía con los conflictos de leyes internacionales.

Actualmente se presenta un tipo análogo de con--

flictos en algunos Estados Federales, ejemplo: en los Estados Unidos de Norteamérica, donde cada uno de los Estados-integrantes de la Unión Americana posee su propia legislación.

Estos ejemplos, nos demuestran que la vigente -- analogía entre ambos tipos de conflictos nos conducen a su absoluta identificación. Cuando se trata de cuestiones interregionales, la sujeción de todos los territorios poseedores de legislaciones distintas a una autoridad central, sea ésta la de un Estado Unitario o Federal, permite imponer -- más reglas de conflictos comunes a los Estados Federados, - Regiones o Provincias, con lo que se afirma una uniformidad de soluciones dentro del Estado.

En los conflictos interregionales, aún admitida la existencia de normas procedentes de fuentes internacionales, existen otras reglas conflictuales que cada Estado dicta separadamente, y que sus respectivos tribunales han de aplicar. Una misma relación humana con elementos conectados a diferentes legislaciones estatales será resuelta -- por un sistema conflictual diferente, según la nacionalidad del tribunal que tiene que entender de ella y en consecuencia, del juego de estas normas de conflicto no coincidentes, puede resultar la aplicación de diferente ley por cada uno de los tribunales a los problemas de fondo objeto del -

litigio.

Las indicaciones anteriores parten del supuesto de que el ámbito de aplicación de las diferentes leyes es territorial, que cada Estado Federado o región tiene su legislación propia de la que resultan los conflictos, pero se presenta otro supuesto en el cual la aplicación de las leyes es personal.

En un país colonial o protectorado son diferentes las normas aplicables a los indígenas que las materiales del ordenamiento jurídico del país metropolitano o protector, aplicables estas últimas a las personas que ostentan la nacionalidad de la metrópoli. con la posibilidad de un mayor ámbito a la eficacia extraterritorial de las leyes de países extranjeros, aplicables a los súbditos de éstos.

Un cuarto tipo de conflicto de leyes son los derivados de una anexión territorial, aún en el supuesto de que el país anexante haya llegado a una plena unidad legislativa, la incorporación de una región sujeta a distinta legislación plantea problemas conflictuales en un mismo Estado.

Si el Estado respeta la legislación anterior de la provincia o región anexada, nos encontramos en presencia de más conflictos originalmente internacionales convertido-

en internos. Si dispone la extinción de su ordenamiento jurídico a las muchas porciones de su territorio, surge un -- nuevo tipo de conflicto de gran analogía con los de derecho intertemporal o transitorio que origina, el cambio de legislación dentro del mismo país.

Toda diversidad de problemas sobre conflicto de leyes viene a proporcionarnos la incógnita, de cuál o cuáles leyes serán las que puedan dar cabida en el Derecho Internacional Privado. Por un lado, la calificación de internacional de esta rama del derecho conduce a la exclusión de las tres últimas categorías. Por otra parte, la identidad en el planteamiento de los conflictos, en la técnica utilizada en su tratamiento, y aún de las soluciones que reciben, son factores que recomiendan la integración de todos estos tipos conflictuales en una disciplina unitaria.

Cabe preguntarse qué clase de leyes son susceptibles de entrar en conflicto, respecto a las civiles y mercantiles no hay duda, pero en materia de controversia sí caben dentro del Derecho Internacional Privado, cuestiones penales, procesales, administrativas, laborales, fiscales, etc.

En cada una de estas esferas se presentan relaciones humanas con elementos conectados a diferentes legislaciones, hecho que milita a favor del ensanchamiento del -

ámbito de Derecho Internacional Privado a la regulación y estudio de carácter público dentro de las legislaciones internas. Con raras excepciones, en todas las materias impera un criterio de territorialidad, en virtud del cual los tribunales aplican siempre la ley de su propio Estado, y nunca de un país extranjero.

Por ejemplo, podrá un tribunal penal conocer de un delito cometido en el extranjero, pero no aplicará las leyes penales ni procesales del país donde el delito se cometió, sino la del foro de su competencia.

Del mismo modo ocurre en el derecho fiscal divergencias entre los puntos de conexión tributaria utilizados por diferentes Estados da lugar a formas de evasión fiscal y de imposición doble o múltiple; se habla en ocasiones de conflictos de leyes fiscales, pero esta denominación no debe ser entendida en el sentido de que ante la administración financiera de cada Estado se puede presentar la duda de si ha de ser aplicada la ley fiscal de otro Estado.

Miaja de la Muela considera como conflictos jurisdiccionales aquellos que tienen un carácter distinto a los conflictos legislativos, a lo cual nos dice el tratadista lo siguiente: "Todo juez ante quien se presentan demandas con algún elemento extranjero, antes de buscar en las nor--

mas de conflictos la fijación de la ley material aplicable - al caso, tendrá que examinar otras cuestiones: su competencia para entender del asunto.

Cada tribunal posee sus límites, fuera de los -- cuales no puede ejercer su función; en primer lugar, los -- que señalan la naturaleza jurisdiccional del asunto; en segundo término, las reglas que, en virtud de los criterios - objetivos, funcional y territorial, delimita su competencia frente a otros órganos jurisdiccionales.

Las reglas de competencia territorial pueden entrar en juego frente a tribunales extranjeros, lo que da lugar a los conflictos que suelen llamarse de jurisdicción." - (53).

Niboyet, nos hace la exposición de una tercera - categoría de conflictos; los denominados conflictos de autoridades: su punto de vista consiste en: "Dar sustantivi-- dad al problema de la competencia internacional de un fun-- cionario administrativo (notario, cónsul, etc.) para el - - otorgamiento de un determinado acto." (54)

Para los negocios jurídicos nos da este tratadista, una regla de carácter general admitida: la de regir -- sus formas y solemnidades por la ley del lugar de su cele-- bración (locus regit actum), pero en los actos en que inter

(53).- Miaja de la Muela, Ob.Cit. págs. 15-18.

(54).- Niboyet, J.P.- Traité de Droit International Privé, français, tomo IV, París, cit. Por Miaja de la Muela pág. 19.

viene un funcionario público no tiene sentido preguntarse - qué ley ha de regir su forma, puesto que no es posible apli- car más que una: la del funcionario que lo autoriza.

A la regla *locus regit actum* para los actos pri- vados, hay que agregar, respecto a los públicos, la norma, - *auctor regit actum*, quedando pendientes dos cuestiones que- integran lo que Niboyet llama conflicto de autoridades, a - los cuales dice el autor: "competencia de un funcionario - para autorizar un acto público en el que está pendiente al- gún elemento extranjero y el segundo la eficacia de un país de los actos jurídicos de carácter público celebrado en - - otro." (55)

Claramente puede apreciarse el paralelismo que - existe entre estos dos problemas y los de competencia inter- nacional, de los tribunales y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que constituyen los temas fundamen- tales del Derecho Procesal Internacional.

De lo antes expuesto, se deduce que el conflicto de leyes, tema central del Derecho Internacional Privado, - no posee contornos claramente determinados, muchas de las - cuestiones que algunos autores comprenden bajo esta denomi- nación no son, conflictos en vigor, pero aparecen su plan- teamiento y solución ligados de tal manera a la cuestión --

conflictual, que la necesidad de diferenciarlos del modo -- más perfecto posible de los auténticos no supone la conse-- cuencia de tales problemas sean excluidos del campo del De-- recho Internacional Privado.

El problema del planteamiento conflictual tiene-- su sentido en la hipótesis de que el intérprete del derecho, cualquiera que sea el grado de preferencia que dé a su propia ley material sobre la extranjera, pueda aplicar ésta, - es decir, que no esté sujeta a un sistema absolutamente te-- rritorialista.

Podemos decir que Inglaterra ha sido un país in-- clinado a la territorialidad, de tal suerte que, cuando el-- tráfico jurídico ha impuesto la necesidad de aplicar leyes-- de otro país, ha sido preciso arbitrar explicaciones más o-- menos ingeniosas. Una de ellas ha sido la afirmación de la territorialidad como principio general, susceptible de miti-- gación por una comity o cortesía, explicación que con razón ha sido tachada de antijurídica.

Dicey, escritor de finales del siglo pasado, for-- muló una tesis distinta, que ha sido aceptada favorablemen-- te durante muchos años en la doctrina inglesa y norteameri-- cana. Para Dicey, "el juez inglés no puede aplicar más que el Common Law, el derecho de su patria; si alguna vez tiene

en cuenta al contenido de otras legislaciones, no es porque aplique una ley extranjera; lo que hace reconocer y sancionar los derechos subjetivos que han sido debidamente adquiridos en el ámbito de aquella legislación." (56)

Tal es la forma de la famosa construcción de los derechos de los que alguien ha sido investido (vested - - rights), que los tribunales ingleses reconocen y protegen, - siempre que hayan sido debidamente adquiridos, y que no - - sean contrarios a reglas de Public Policy, excepción análoga en la doctrina británica a la que entre nosotros se denomina de orden público.

Dentro de la doctrina francesa uno de los expositores más connotados lo es, Antoine Pillet (57) quien, aparte de las cuestiones de nacionalidad y extranjería, distinguió dos momentos en el problema conflictual: es decir, el primero de creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo, y el último referente al respeto de un país de - los derechos regularmente adquiridos en otro, distinción -- que ha sido mantenida por varios juristas franceses y en especial Niboyet.

La tesis de Antoine Pillet, constituye una síntesis armoniosa entre la concepción continental de los conflictos de leyes y la británica de los vested rights, más -

(56).- Dicey, citado por Miaja de la Muela, Adolfo. Ob. - - Cit. pág. 20.

(57).- Pillet, Antoine, La Théorie Generale des Droit - -- Acquis (R. des C., 1925. III, pág. 480-536) cit. por Miaja de la Muela, Ob. Cit. pág. 22.

que incompatibles, resultan así llamados a complementarse - en una construcción armónica.

En primer término, al tratar de crear una relación jurídica, judicial o extra judicial es preciso primeramente - determinar la ley que ha de regirla. En el segundo, la relación está ya constituida, unas veces con todos sus elementos en conexión con la misma legislación, es decir, sin conflicto originario en el momento de su creación, y otras con existencia de ese conflicto por la dispersión de elementos; tratase ahora de hacerla valer ante los tribunales o las autoridades de otro país distinto a aquél en que fué constituida.

Tomando como centro de interés los conflictos de leyes que surgen del hecho de que cada Estado posea una legislación distinta, el resto de las cuestiones enunciadas ofrece una clara conexión con este tema central, aunque nunca una completa identificación.

Se basa la conexión citada en el hecho de un tráfico jurídico internacional. El individuo viaja fuera de - su patria y adquiere intereses dignos de ser tutelados universalmente. Por encima de las fuentes nacionales existentes comunidades; una de Estado y otra compuesta de seres humanos que, aunque integradas en diferentes sociedades políticas no lo están de una manera tan absorbente que su vinculación con una de ellas excluya todo contacto con los de-

más.

En este sentido, los problemas de nacionalidad y extranjería son inseparables del conflicto de leyes. En el momento actual, todas estas cuestiones aparecen reguladas de una manera exclusiva por la legislación interna de cada Estado, pero ninguna de ellas es indiferente al orden jurídico internacional, que reconoce la soberanía Estatal dentro de unos límites impuestos por aquel orden y que, en consecuencia, ante situaciones de la vida de contenido internacional no puede por menos afirmar algunos imperativos de orden muy general pero siempre más precisos que aquellos otros que pueden limitar la facultad legislativa del Estado sobre situaciones puramente internas.

c).- Naturaleza de la norma de Derecho Internacional Privado.

La vasta enumeración de temas incluidos en esta rama del Derecho no es suficiente para ofrecer una caracterización completa del Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado, aparece muchas veces mezclado con el Derecho uniforme, lo cual implica que sean separados ambos conceptos.

En la actualidad no se requiere una especial jus

tificación del carácter jurídico de las normas de Derecho Internacional Privado, en virtud de que en los países de -- lengua inglesa se han retirado las teorías que se conside-- raban como producto de la cortesía o conveniencia recíproca entre los Estados.

El problema fundamental de lo que acabamos de -- mencionar se planteó como la ordenación del Derecho Internacional Privado dentro del Derecho interno de cada país o - del internacional.

La doctrina ha experimentado una clara evolución: En el siglo XIX con excepción de los juristas angloamerica-- nos y muy pocos más de otros países, se proclamaba el carácteter internacional de los problemas que el Derecho Interna-- cional Privado tenía a su cargo y de las normas que los - - habían de resolver. (58)

La mayoría de los juristas contemporáneos afir-- man que el Derecho Internacional Privado es una rama del Derecho de cada país, del mismo modo que su Derecho Civil, Penal o Administrativo, y casi todos sus opositores, adoptan-- un criterio ecléctico de admisión simultánea de fuentes in-- ternas o internacionales para el Derecho Internacional Pri-- vado.

El Derecho Internacional Privado, tiene a los Es
(58).- Miaja de la Muela, Adolfo, Ob. Cit., pág. 26.

tados como destinatarios de sus normas, así como de los derechos y obligaciones que estos conceden o imponen o por -- otra parte, cada Estado es gestor de su propio ordenamiento jurídico, en la elaboración del cual puede estar sometido a obligaciones impuestas por reglas de Derecho Internacional.

Pueden existir reglas internacionales que impongan al Estado, en cuanto gestor de su ordenamiento jurídico, dan un determinado contenido a su Derecho Internacional Interno, pero tales normas internacionales no regulan directamente los hechos comprendidos dentro del supuesto de las reglas de Derecho Internacional Privado.

Dentro de la orientación nacionalista existen matices más o menos radicales, y la posición de esos matices-son: (59)

a).- El Derecho Internacional Privado y Público, emanan de fuentes diferentes, las del primero Estatales y - la del segundo supra Estatales.

b).- También ambos ordenamientos tienen distinto destinatario: el Estado es el sujeto de Derecho Internacioonal Público y los individuos del Derecho Internacional Priovado.

c).- La misma diferencia puede ser establecida -

(59).- Miaja de la Muela, Adolfo, Ob. Cit. págs. 27-28.

entre los órganos jurisdiccionales que aplican uno y otro: - el Público, los tribunales internacionales; el Privado, los Estatales.

d).- El modo de funcionar la sanción es diferente en el Derecho Internacional Privado que en el Público, - etc.

e).- Las cuestiones de Derecho Internacional Privado carecen de relevancia en las relaciones entre los Estados.

La doctrina internacionalista ha presentado aspectos muy variados. Todos los juristas que dentro del Derecho Internacional Privado se encuadran en la formulación de un sistema propio de solución de los conflictos de leyes.

Existe una impugnación en cuanto a los argumentos de los nacionalistas, y en la consideración como internacional del objeto del Derecho Internacional Privado, generalmente identificado con el conflicto de soberanías. En el primer aspecto no son del todo convincentes las diferencias entre el Derecho Internacional Público y Privado. La existencia de reglas externas en esta materia son fácilmente aplicables.

Cada Estado tiene su reglamentación en lo que --
respecta a su orden interno. Hay que distinguir entre nor-
mas de Derecho Internacional Privado, que no son otra cosa -
que reconocimiento de principios que no están sujetos a de-
rogación en el Derecho Internacional y cuales otros pueden-
ser dictados por cada Estado con libertad plena en lo que -
respecta al contenido de ellos mismos.

Hay que reconocer que son poco precisas y esca--
sas las reglas internacionales de ius cogens que limitan la
libertad Estatal de regular estas materias según las conve-
niencias particulares de cada momento y lugar, pero esto no
significa la existencia radical de tales normas, ni la impo-
sibilidad de su desarrollo.

Otras diferencias señaladas por los nacionalis--
tas entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho In-
ternacional Público, es clásica la impugnación que hace - -
Pillet (60), desde hace más de medio siglo de esta tesis, -
no se puede admitir que el Derecho Internacional tenga por-
único contenido la regulación de las relaciones entre los -
Estados, ni es imposible que un tribunal interno aplique De-
recho Internacional, o que ante una jurisdicción internacio-
nal sean llevados asuntos de Derecho Internacional Privado,
lo que descarta el argumento basado en la diferencia de san-
ción entre ambos Derechos.

(60).- Pillet, Antoine, cit. por Miaja de la Muela, Adolfo,
pág. 28.

En materia conflictual se ha recurrido a las resoluciones diplomáticas y asuntos que han tenido que resolver una jurisdicción arbitral o el extinguido tribunal permanente de Justicia Internacional o al actual Tribunal Internacional de Justicia.

Las doctrinas internacionalistas insisten en afirmar que los conflictos de leyes llevan dentro de ellos un conflicto entre la Soberanía de los Estados entre cuyas legislaciones se duda cuál sea aplicable. La mayor parte de los conflictos de leyes, es el litigio que versa sobre asuntos de intereses de particulares, como en cualquier otro asunto sub iudice, de tal manera que si hay un conflicto de Soberanías, todo pasa como si no existiere.

Miaja de la Muela, dice: "Que la única solución posible es un internacionalismo de carácter realista que no cierre los ojos ante el hecho de que el Derecho Internacional Privado funciona hoy casi exclusivamente como una rama del Derecho Interno de cada Estado." (61)

Se debe tomar en cuenta que en el momento actual es poca la libertad de que gozan los Estados al elaborar su propio Derecho Internacional Privado. Pero esta libertad no debe considerarse como producto de una Soberanía carente de todas sus limitaciones.

Es el orden jurídico internacional el que viene-

(61).- Miaja de la Muela, Adolfo, Ob. Cit., pág. 31.

a otorgar las competencias de cada Estado, de donde se deduce, que puede hacerlas con imposición de límites.

Los límites existen de hecho tanto en las normas de conflicto de leyes de procedencia estatal, como las que regulan la nacionalidad y la condición de extranjeros, es decir, en estas materias existe una limitación en ciertos puntos esenciales que entre sus diversas legislaciones internas han creado un derecho consuetudinario internacional.

Los límites que tiene el Derecho Internacional no son inmutables: en los últimos años el Derecho de gentes ha sufrido en su contenido una aplicación al entrar en él la protección de los más elementales derechos humanos, lo que viene a superar una clara internacionalización de las cuestiones referentes a la nacionalidad y a la condición del extranjero.

En lo que toca al orden doctrinal su tarea ha sido poder lograr la penetración en ella de la tendencia protectora internacional de los derechos del hombre, cuya tarea viene a abrir una perspectiva discreta, realista y universal del Derecho Internacional Privado.

El jurista griego Evrigenis (62), nos hace los siguientes comentarios: Dice que los partidarios del internacionalismo no encuadran al Derecho Internacional Privado-

(62).- Evrigenis, Les Clasiques du Droit International Privé, pág. 301 a 314, cit. por Miaja de la Muela, - - Adolfo, pág. 31.

dentro del Derecho de Gentes y tampoco se forman las reglas de conflicto a base de deducción formalista partiendo de algunos principios generales de Derecho Internacional Público.

Se considera al Derecho Internacional Privado como formado por parte del Derecho interno, y no se pone en duda la libertad del legislador estatal en la materia. Esta libertad se encuentra restringida por el Derecho Internacional Público, que es el que dicta la intención de los legisladores estatales, ciertas reglas generales.

La norma de Derecho Internacional Privado dice - Alfonsín Quintín (63), pertenece al orden jurídico interno de cada Estado, pero esta norma es formal o indirecta, porque no es ella misma la que regula la relación jurídica extranacional, sino que se remitirá al Derecho que en definitiva se aplica a la relación.

La norma de Derecho Internacional puede señalar-nos, que el Derecho aplicable sea el del propio Estado o un Derecho extranjero. Si se señala el primero, este derecho se aplicará como derecho propio, es decir se aplica al mismo título que cuando se aplica a las relaciones jurídicas nacionales.

Cuando la norma formal señala que, debe aplicar-

(63).- Alfonsín, Quintín, cit. por Alfredo Enrique Tamayo - Díaz, Tesis Profesional, Derecho Internacional Privado, 1968, pág. 28.

se el derecho extranjero a la relación jurídica extranacional, este se aplica como tal, con todas sus características, aún dentro del territorio de nuestro propio Estado. No basta con que el Derecho que regule la relación extranacional sea único, sino que es necesario que sea adecuado a las necesidades de la sociedad a la cual va a regir, o a la que pertenece esa relación jurídica.

Esa sociedad internacional a la cual pertenece la relación jurídica extranacional, necesita un derecho adecuado, y el único Derecho supranacional. Las normas de este Derecho Privado Internacional Supranacional, deben ser materiales o directas, toda vez, que son ellas mismas las que proveen de Derechos a la relación jurídica extranacional, es decir, son ellas las que regulan esa relación. Estas normas serán obligatorias, porque su obligatoriedad deriva de ese Derecho supranacional emanado de la sociedad internacional.

1).- Norma formal y norma material.

Por lo regular, las normas de Derecho Internacional Privado que están contenidas en los Tratados Internacionales tampoco revelan inequívocamente si se proponen deslindar la competencia legislativa entre los Estados partes del Tratado, o si se proponen regular las relaciones jurídicas-

extranacionales (concepción privatista).

Si los tratados tuvieran normas de tipo estatutario, sabríase a ciencia cierta que se proponen deslindar -- competencias (64) y si tuvieran normas materiales (como las contenidas en el artículo 5 del Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940, o en el artículo 30 del Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de la misma fecha) -- sabríamos que indudablemente son privatistas. Los Tratados rara vez contienen normas de uno y otro tipo: con mucho mayor frecuencia contienen normas de tipo Savigniano, que dejan la duda pendiente.

Nos expone Alfonsín (65) que las normas nacionales codificadas, aunque no lo manifiesten claramente, deben tener una de estas dos funciones: 1.- Resolver los "conflictos de leyes" que se promueven con motivo de la regulación de una relación, deslindada la competencia entre dichas leyes (concepción clásica); y 2.- Regular las relaciones jurídicas extranacionales proveyéndolas de Derecho Privado (concepción privatista).

Depende de la concepción del calificador, las normas calificadas ofrecen sus particularidades teóricas, -- que son las siguientes:

El autor comentado las expone en este orden:

- (64).- Los artículos 3, 4 y 5 del Código de Bustamante se refieren a "Leyes", pero con propósito meramente sistemático, citado por Alfonsín Quintín, Derecho Privado Internacional, Montevideo, 1955, pág. 312.
- (65).- Ibidem.

Normas formales: Cuando las normas tienden a -- deslindar la competencia entre las leyes de diversos Esta-- dos, se refieren a las leyes y establecen el ámbito en que son competentes, ejemplo: Las leyes concernientes al esta-- do y a la capacidad de las personas rigen a los franceses - aún cuando residen en país extranjero (Código Civil fran-- cés, artículo in 3).

Esta norma es formal porque, en lugar de regular la relación se reduce a conferirle competencia a una ley; ade más responde a la teoría de los estatutarios quienes par-- ten de una clasificación de leyes, se dedican a resolver es-- tos problemas.

Norma material: Cuando las normas de Derecho In-- ternacional Privado regulan las relaciones jurídicas extra-- nacionales proveyéndolas de Derecho Privado, se refieren a-- las relaciones jurídicas extranacionales, y establecen así-- el Derecho Privado que les corresponde.

Es natural que estas normas vengan a establecer-- directamente el Derecho Privado correspondiente a la rela-- ción, como el artículo 130, inc. 2 del Código Civil Urugua-- yo, el que dice: "Los que se hayan casado en país extranje-- ro y pasaron a domiciliarse en la República, se mirarán co-- mo separados de bienes, etc.

Esta norma es material y directa puesto que establece en ella que los mencionados matrimonios se mirarán como separados de bienes y no deslinda competencia alguna. - Las normas materiales y directas son exclusiva de la concepción privatista.

2).- Norma directa y norma indirecta.

Cuando una norma es directa, su disposición se aplica directamente a la relación. Ejemplo: Si una norma establece que "los contratos extranacionales pueden contener cláusulas oro", esta disposición opera directamente sobre el contrato declarando válida una de sus cláusulas. Si existiere duda sobre su alcance dispositivo, deberá ser interpretada como cualquier otra norma, esto es, con arreglo a la técnica jurídica del orden jurídico a que la norma pertenece.

Cuando la norma es indirecta o formal su disposición se limitará a señalar cierto Derecho Privado aplicable a la relación.

La norma indirecta es cuando dispone directamente del Derecho inherente a la categoría, por lo cual son similares a las del Derecho Privado Nacional, o sea civil, comercial, marítimo, etc., ejemplo: Son directas estas normas de Derecho Privado Internacional: "Los matrimonios ce-

lebrados en el exterior y que pasan a domiciliarse en la República se mirarán como separados los bienes" (66). El matrimonio será universalmente válido si se ha contraído sin violar ninguno de los impedimentos siguientes: a).- Falta de edad de alguno de los contrayentes, requiriéndose como mínimo catorce años cumplidos en el varón y doce en la mujer; b).- Parentesco en línea recta por consanguinidad o afinidad, sea legítimo o ilegítimo; c).- Parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos; d).- Haber dado muerte a uno de los cónyuges supérstite; e).- El matrimonio anterior no disuelto legalmente. (67)

La letra de cambio girada en moneda sin curso legal en el Estado en donde se cobra, será satisfecha en la moneda de ese Estado al cambio del día del vencimiento. (68)

Las normas formales e indirectas, es norma formal cuando le confiere competencia a tal o cual Derecho Privado Nacional, es decir, para regular la capacidad de la ley domicilia para regular la competencia de los contratos de la lex loci solutionis. Estas normas formales corresponden a la concepción clásica del Derecho Privado Internacional.

La norma es indirecta, cuando su disposición se limita a señalar tal o cual Derecho Privado Nacional en que

(66).- Código Civil Uruguayo, art. 130, inc. 2, pág. 367.

(67).- Tratado de Derecho Civil Internacional en 1940.-art. 30 in. 1, loc. cit.

(68).- Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940 art. 30.

está contenido el Derecho inherente a la categoría, es decir, cuando regula indirectamente la relación a que la categoría se refiere. Ejemplo: La capacidad se regula mediante la *lex domicilii*. Los contratos extranacionales se regulan mediante la *lex loci solutionis*, etc., estas normas corresponden a la concepción privatista contemporánea del Derecho Privado Internacional.

Para regular una relación con normas directas, -- hay que saber cuál de todas ellas es la que debe regularla. Y para saber es preciso ver si la relación entra dentro de la categoría de tal manera o dentro de la categoría de tal otra. Esta operación se llama calificación, y sirve para -- indicar la norma de Derecho Privado Internacional.

Una vez determinada la norma aplicable, se regula la la relación jurídica tal como la disposición de dicha -- norma la prescribe.

Cuando la norma es indirecta, se refiere a las relaciones jurídicas de su categoría y designa en su disposición cierto Derecho Privado Nacional con que deben ser reguladas dichas relaciones.

CAPITULO III).- FUNCION VINCULATORIA DE LA TEORIA DE LA
INCORPORACION EN LA NORMA DE DERECHO IN
TERNACIONAL PRIVADO.

- a).- Generalidades y sus aspectos juríd
cos.
- b).- Teoría de la incorporación.
- c).- Orden Público.
- d).- Calificación.

III).- FUNCION VINCULATORIA DE LA TEORIA DE LA INCORPORACION EN LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

a).- Generalidades y sus aspectos jurídicos.

La idea de normatividad del Derecho puede presentarse al considerar qué es su pretensión social, mover a -- quienes le están sujetos a obrar en un sentido determinado, obligándoles a hacer o dejar de hacer aquéello que ordena o que prohíbe.

La coercibilidad consiste en la sanción expresa o implícita que se impone como consecuencia de la conducta humana contraria al deber jurídico.

Santo Tomás de Aquino dice: "que la ley importa dos cosas: una regulación de la conducta humana y una fuerza coactiva" (69). Estas características señaladas son consideradas esenciales por juristas de las más diversas épocas y de todas las distintas escuelas.

Del Vechio señala como caracteres del Derecho:-- "En sentido objetivo la generalidad, la imperatividad y la coercibilidad." (70)

Adolfo Rúa, afirma en cuanto a la imperatividad: "que el Derecho se presenta siempre frente al particular como obligatorio, y en cuanto a la sanción coactiva es-

(69).- Santo Tomás de Aquino, Summa Theologicae, I, II Ques tío XCVI arts. V.

(70).- Del Vechio, Filosofía del Derecho, traduc. de L. -- Recasens S. Barcelona, 1919, Tomo I, pág. 89.

tablece que va implícita en el concepto del Derecho." (71)

Habremos de considerar caracteres esenciales del Derecho, sea normativo y su coercibilidad; esto es, una regulación de la actividad que contraría esa regulación.

Cualquier estudio que se haga sobre problema de Derecho, particularmente cualquier construcción teórica que pretenda basarse sobre el concepto del Derecho, debe, de tener continuamente presentes estos dos caracteres, no sólo en sí mismos sino también en cuanto a las consecuencias que como necesarias se derivan de tales características.

La función específica del Estado es ordenar jurídicamente la actividad humana. Pero no sólo puede pensarse en una norma jurídica que dimana del Estado, sino que puede pensarse que un Estado desprovisto de la facultad de regular normativamente la conducta de los hombres. Es poder específico del Estado, regular la conducta humana en cuanto desposeído de tal facultad se vería imposibilitado para realizar los fines de la comunidad que contiene.

Ahora bien, esta actividad específica del Estado que es el Derecho, es una actividad que requiere autonomía, pero es, el Estado debe determinar libremente su Derecho. Esto es postulado y consecuencia de la soberanía del Estado, no entendida como un poder sin límites, sino como -

(71).- Rua, Adolfo, Lecciones de Filosofía del Derecho, tomo III, pág. 162 y 189.

facultad de determinarse a sí mismo, o sea, limitación autónoma del poder político que no conoce, jurídicamente ninguna liga que emane, de poderes extranjeros, sino que, se impone por el establecimiento de un orden jurídico que por sí sólo le permite apreciar la actividad del Estado desde el punto de vista jurídico. (72)

Este poder del Estado que tiene como razón de ser la autodeterminación para elegir las medidas adecuadas para la realización de sus fines, que el Estado implica en razón de su existencia misma, tiene un campo de acción limitado. Esto es el territorio que generalmente se describe como aquél espacio geográfico en que el Estado pueda realizar sus específicas actividades, o como lo llama Zitelmann, "es el escenario del poder de autoridad". (73)

Jorge Jellineck, haciendo referencia a la significación que jurídicamente corresponde al territorio dice que: "este se exterioriza de una doble manera: negativa -- una, en tanto que se prohíbe a cualquier otro poder no sometido al Estado ejercer funciones de autoridad en el territorio sin autorización expresa por parte del mismo; positiva la otra, en cuanto las personas que se hallan en el territorio quedan sometidas al poder del Estado" (74). El territorio es el ámbito espacial de validez del orden jurídico de un Estado.

(72).- Jellineck, George, Letat Modene, pág. 252.

(73).- Internacional Privado, R. pág. 91.

(74).- Teoría General del Estado, tomo II, pág. 18, Ed. Madrid.

Hans Kelsen, afirma que: "la validez del sistema normativo que constituye el orden jurídico estatal, se circunscribe, en principio, a un determinado territorio. Los hechos que regulan esas normas tienen la nota especial de que han de ocurrir precisamente en un territorio determinado." (75)

De esta limitación necesaria al poder del Estado, a sólo en el ámbito territorial y del doble significado señalado por Jellineck en el campo del Derecho, resultan para nuestro estudio consecuencias de mayor importancia, que tienen todos como causa común la limitación del poder normativo y coactivo del Estado a sólo su territorio.

Al imperium del Estado sobre su territorio, o sea, su poder de mando sólo puede referirse a la actividad humana y se ejerce por medio del orden jurídico. No puede admitirse en ningún caso ni por ningún motivo que un Estado puede ampliar su poder normativo fuera de su territorio, -- sin la expresa autorización del Estado en cuyo dominio geográfico pretenda esa norma hacer valer su poder de ordenar la conducta humana, coactivamente.

La normatividad es carácter esencial del Derecho y la normatividad no existe más allá de los límites territoriales del Estado que crea la norma, resulta que, fuera de-

(75).- Teoría General del Estado, pág. 181, Ed. Madrid, - - 1934.

esos límites geográficos, el Derecho de un Estado deja de ser Derecho y de valer como tal, llegando así a la conclusión de la absoluta territorialidad del Derecho.

Si el carácter normativo del Derecho nos lleva a concluir su validez exclusiva y excluyente en el territorio del Estado que lo dicta, la coercibilidad nos lleva a conclusión idéntica.

La coercibilidad tiene como idea implícita la fuerza capaz de realizar la coacción, sería absurdo concebir un orden jurídico que no estuviera apoyada por una fuerza capaz de asegurar el cumplimiento de su norma, llevan al plano de la realidad la coacción que sanciona la conducta contraria del deber jurídico.

No puede concebirse al Derecho sin la existencia de la fuerza que realice la coacción, sin que pueda pensarse en la fuerza como idea antinómica del Derecho sino cuando se ponga la fuerza empleada contra el Derecho y en este caso, el empleo de la fuerza es objeto de sanción coactiva.

El territorio es siempre el espacio dentro del cual el Estado puede ejercer la coacción, excluyendo la posibilidad de actividades coactivas de otros Estados, y limitando la posibilidad coactiva de sus propios órganos, sea en virtud de normas del Derecho Internacional Público, o co

mo resultado de situaciones de hecho, ajenas y aún contrarias al Derecho de Gentes. (76)

Dentro del espacio geográfico puede el Estado -- hacer valer coactivamente sus normas, pero sólo dentro de sus límites. Así, el Derecho dimanado de un Estado pierde su posibilidad coactiva fuera del territorio, esto es, pierde su coercibilidad, que es carácter esencial por lo que al dejar de ser coercible deja de ser Derecho.

Para la correcta integración de las premisas de este estudio, que de acuerdo con la teoría normativa pura, el Derecho puede valer por sí, sin ninguna relación con la realidad, y en consecuencia de esta tesis nos llevaría a -- eliminar el sentido de limitación que se ha señalado correspondiente al territorio.

De acuerdo con esta teoría encontramos las afirmaciones fundamentales de Kelsen, quien admite el efecto de limitado del territorio en cuanto al poder coactivo, afirma la posible validez del orden jurídico fuera del territorio al considerar técnicamente correctas las normas que pretenden regir actividades humanas realizadas fuera del territorio, llegando Kelsen, como es sabido, a resaltar el elemento normativo del territorio como esencial. (77)

Tales conceptos deben ser revisados yendo hasta-

(76).- Armijon, *Precis de Derecho Internacional Privado*, -- 1927, libro II, capítulo I.

(77).- Kelsen, Hans, *Teoría General del Estado*, Edit. Madrid, pág. 183 y 184.

el análisis de las primeras premisas de la teoría idealista, encontrando así que en ella se principia por aceptar que la fuerza como se concibe en el Derecho, es una fuerza puramente ideal, normativa identificando el concepto de fuerza con el de validez, lo que implica una confusión entre elementos del ser y del deber ser, que con tanto cuidado aparenta tener separados esta escuela.

El normativismo puro, lleva de manera necesaria y siempre que su desarrollo se siga lógicamente, a la identificación entre el Estado y el Derecho, presentando al Estado como idea desprovista de significado y de valor, como una idea desprovista de toda realidad objetiva, pendiente del Derecho, para esto recurrese a una tautología como es esta: "La norma jurídica vale, porque vale", ya que el Estado no puede ser causa del valor de la norma, sino que está identificada al Estado se ve en la necesidad de afirmar su propio valor.

La tesis del normativismo pretende, por otra parte, explicar el deber de aplicación de la norma, sin explicar su aplicación, llevándonos a la impotencia o a la ineficacia del Derecho, al dejarlo desprovisto de fuerza obligatoria.

El mismo valor jurídico de la coacción, admitida

por los defensores de esta teoría, al afirmar que es preciso que el orden normativo sea aplicado, cuando menos parcialmente por la fuerza del Estado, nos lleva a la misma conclusión que anteriormente indicamos. Si la validez del orden normativo presupone la posibilidad de la coacción, posibilidad que según el propio Kelsen está limitada al espacio geográfico territorial, resulta limitado por una razón de hecho, el ámbito espacial de validez del orden jurídico.

(78)

Se puede decir, que el Derecho, tanto por su carácter normativo como por su necesaria coercibilidad, es exclusivamente territorial. En consecuencia, es necesario aceptar que el Derecho, fuera del territorio del Estado que lo dicta, no tiene el carácter de norma, ni puede hacerse valer coactivamente, esto es, el Derecho puede normar la conducta humana que se realice dentro del territorio y a la inversa, no puede normar jurídicamente, la actividad humana fuera del territorio, ni puede admitirse en un territorio la validez jurídica, ex proprio vigore, de normas jurídicas-dinamadas de Estados extranjeros.

Al dejar fundada la territorialidad del Derecho en sus propias características de normatividad y coercibilidad, no se pretende ni sacrificar sus otros caracteres esenciales que, en algunos casos han pretendido ponerse en

(78).- Critique de la science juridique pure chez, Kelsen, -- in II acta congressus iuridici international, Vol. -- V, Roma 1937, pág. 421.

juego para superar la territorialidad.

Pillet, presenta como características de la ley su generalidad y su permanencia llegando a afirmar que las "leyes son todas a la vez territoriales y extraterritoriales", debiendo apreciarse una ley como territorial cuando en su finalidad y por el contrario, aplicarla extraterritorialmente cuando para la realización del fin social de la ley sea indispensable su permanencia, dejando paralizada su generalidad y su territorialidad. (79).

Es importante hacer notar la confusión en los términos empleados por Pillet. La generalidad del Derecho consiste en que la norma jurídica ha de referirse a una clase entera o serie de casos en número indefinido y no a personas ni a relaciones individualmente consideradas (80). De la generalidad no puede inferir su territorialidad, pero tampoco puede oponerse a ella.

Por lo que toca a la permanencia debe notarse -- que es de una enorme relatividad y no es exacto que sea característica la aplicación diaria y a todos las leyes para que éstas puedan reputarse como tales.

La ley es esencialmente mudable en el tiempo y en el espacio. Ni siquiera el Derecho natural ha tenido -- pretensiones de inmutabilidad (81). Esto nos lleva a acep-

- (79).- Pillet, Antoine, *Traité Practique de Droit*, Int.Privé, París 1923. Tomo I, págs. 102 y 103, cit. por -- Miaja de la Muela, pág. 23.
- (80).- Ver ad.Rová, Ob.Cit.Tomo III, pág.180, G.del Vecchio Ob. cit.pág. 89, vol. I.
- (81).- Ver Carlo Esposito, *La baliditá de la leggi*, Padeca, - 1934; Bonatti *Irretroactivitá de la legge*. En cuanto a la metabilidad del Derecho Natural, ver, Santo Tomás - de Aquino, *Theologia Questio XCIV-IV*.

tar la permanencia del Derecho "en cuanto vale", es decir, - en tanto el Derecho tiene valor jurídico. Pretender que la relativa permanencia de la ley sea causa para superar su ámbito de vigencia, para que por encima del imperium de los - Estados traspase las fronteras, es crear un caos en el concepto de lo jurídico internacional del poder limitado estatal.

Demostrada la territorialidad del Derecho, deducimos de sus mismos caracteres fundamentales (82), se puede llegar a afirmar:

1).- En el territorio de un Estado sólo es Derecho el que de ese Estado dimana.

2).- El Derecho de un Estado, no puede pretender por su propio valor, tener vigencia normativa en el territorio de otros Estados; y

3).- No puede admitirse un Derecho, que un Estado pretenda normar jurídicamente actividades humanas realizadas fuera de su territorio.

Habiéndose demostrado la esencia misma del Derecho nos lleva a concluir su territorialidad absoluta, sin - excepciones ni limitaciones y marcadas las primeras consecuencias que necesariamente resultan de tal territoriali-

(82).- Pierre Lous Lucas, El emprianse territorialite du -- droit en Revue Critique de Droit International, París, 1935, págs. 635 y 661.

dad, parece a primera vista, que se elimina toda posibilidad de protección jurídica a las relaciones internacionales del comercio y de vida humana. Más de una vez se ha repudiado la absoluta territorialidad del Derecho, con el argumento, sin valor, de que al aceptarla, desaparece el Derecho Internacional Privado.

A primera vista aparece presentarse como indudable conclusión que en ningún caso y por ningún concepto podrá invocarse una situación jurídica nacida al amparo de un ordenamiento jurídico más allá de los límites territoriales de vigencia del mismo, en tanto que al perder su valor el orden jurídico, dejan de valer y necesariamente de existir, en el campo del Derecho, todas las consecuencias.

Ningún Estado puede ligar consecuencias de Derecho a actividades humanas realizadas fuera de su territorio, ya que tal actividad sólo puede ser jurídicamente apreciada por el Derecho del Estado que puede normar esa conducta, es decir, por el Derecho que vale en el lugar en que el acto humano tiene efecto.

La lógica afirmación de la territorialidad del Derecho, nos lleva a las conclusiones apuntadas, se encuentra frente a la necesidad de proteger jurídicamente la vida internacional y el comercio internacional, fenómenos ambos-

considerados vitales para la humanidad. De esta necesidad surge el Derecho de gentes (83), y encontramos en el Derecho interno las más diversas manifestaciones.

Internamente, se ha estimado siempre absurdo que los actos que han originado derechos y obligaciones, queden sin protección jurídica por la sólo razón de la limitación territorial del orden jurídico al amparo del cual tuvieron lugar. Los resultados que se obtienen de la aplicación lógica de la territorialidad del Derecho parecen chocar contra los más elementales sentimientos de moralidad, de seguridad y de justicia.

Desde la más remota antigüedad se presiente la necesidad de recurrir a Derechos diversos, es decir, de otros países para fundar pretensiones apoyadas en acontecimientos realizados fuera del territorio.

Como referencia puede citarse la impresión reflejada por Esquilo cuando en "Las suplicantes" pone en boca del Rey Pelasgo estas frases: "pero, si los hijos de Egipto alegan Derechos sobre ti que opongan las leyes de su pueblo, a título de tus parientes más próximos, ¿Quién quiera oponerse a su demanda?, preciso será que oponga excepciones -- con las leyes de Egipto, probando que conforme a ellas no tienen sobre ti autoridad ninguna".

(83).- De Vitoria, Francisco, Prima Relación de los Indios, Tercera parte, págs. 2 y 4.

En tanto que la actividad humana rebase los límites territoriales de un Estado, y el hombre y sus bienes -- puedan salir de un país para entrar en otro, se encuentra -- planteado frente al Derecho el problema que para tales si-- tuaciones plantea la territorialidad del Derecho.

La vida como se realiza excede los límites de -- cualquier territorio y exige del Derecho su protección; el Derecho limitado en su ámbito de valor por el territorio -- del Estado que lo dicta, parece imposibilitado para dar pro tección indispensable. Resolver esta aparente imposibili-- dad es problema básico, medular de la aplicación de leyes - extrañas, o si se quiere usar la designación en un sentido- restringido, del Derecho Internacional Privado.

Ante la imposibilidad de modificar la vida y para dar una solución no sólo necesaria, sino útil y justa, - desde el punto de vista de cada Estado, se ha buscado en -- forma continúa dar valor al Derecho más allá de sus límites naturales de validez.

Toda la evolución doctrinal del Derecho Interna- cional Privado tiene en primer término, una sucesión de in- tentos para plantear y resolver este problema fundamental.

Unas veces se busca que la norma que ha creado - la realción de Derecho la siga suponiendo que la relación -

sale del territorio, se pretende que el Derecho creado, fuera de sus límites para que continúe protegiéndola; otras veces se pretende que el Derecho del Estado que va a juzgar - esa relación, se crea facultando para dar o negar valor jurídico a hechos acaecidos fuera del espacio de su poder normativo.

La solución de este problema fundamental, no es sólo una cuestión técnica. La solución que se adopte, tiene influencia en las que deben proponerse en los problemas-técnicos que son específicos en la relación de leyes extrañas, como son el reenvío, la calificación, el orden público, etc., y tanto el problema fundamental como los problemas -- técnicos, tienen influencia decisiva en la determinación y aplicación de las leyes extrañas.

En cada etapa del desarrollo filosófico del Derecho, los juristas que se preocupan por el estudio de este tipo de problemas, buscan una solución apoyándose en métodos en boga.

D'Argentré, demuestra el absurdo de la personalidad de los estatutos y llega hasta encontrarse frente a la verdad del territorialismo, viendo sólo su primer aspecto - de injusticia, y sufriendo el reflejo de la reacción de convivencia y cortesía entre los Estados. Su tesis, llega al-

Derecho inglés elaborada por los Voet y por Huber, y el Derecho anglosajón se encarga de desfigurar la idea de la cortesía hasta hacer del Comity una inútil declaración de internismo.

El florecimiento del estudio del Derecho natural lleva a Bouhier por la senda complicada de los estatutos a buscar las leyes que naturalmente son personales para pretender apoyar en las leyes de la naturaleza la brutal infracción a la lógica incontrovertible del absoluto territorialismo; la comunidad de la historia jurídica de las Naciones de europa Continental lleva a Savigny a apoyar en la comunidad histórica el valor internacional o supranacional del Derecho de todas y cada una de las Naciones, considerando el Derecho no como norma de conducta, sino como producción social que refleja la vida de los grupos y de las épocas.

Von Bar, encuentra en el floreciente Derecho Internacional Público la oportunidad para apoyar el deber del Estado para dar valor extraterritorial a las normas de otros Estados. (84)

Por una parte encontramos la tesis que pretende superar total o parcialmente la territorialidad del Derecho, de otra parte las que pretenden evitar sus consecuencias recurriendo al Derecho de Gentes y por último las te--

(84).- Trigueros, La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado, México, 1938.

sis internistas que intentan la resolución del problema recurriendo al sistema de incorporación.

Es indispensable, presentar en conjunto los aspectos más importantes de las mencionadas tesis, no sólo para recalcar las razones que existen para su desestimación sino también para darnos cuenta por su exposición misma, de los datos completos del problema.

La tesis del personalismo del Derecho, que con -- tal idea pretende superar la limitación territorial de lo -- jurídico, se presenta en la evolución doctrinal con los más diversos matices. Frente a esta tesis sólo algunas normas, por razones especiales deben considerarse limitadas territorialmente.

El personalismo, cuya primera categórica afirmación se encuentra en la glosa de Acursio, viene a ser dogma en el Derecho Internacional Privado. Hasta hace poco tiempo, no creer en él era una muestra de la más burda incomprensión de nuestros problemas. El personalismo tiene en todas sus manifestaciones un carácter esencial; es siempre una afirmación u un desideratum. Todos los autores que siguen esta tesis, afirman la personalidad o del Derecho o de algunas de sus normas y todos buscan en sus obras la justificación de la aplicación personal del Derecho, tratando de

salvar las barreras infranqueables que opone la lógica.

Tal vez el atavismo teórico del Derecho, su finalidad con la ética y con el decoro social (particularmente en ciertas normas) hacen que los autores juzguen no sólo -- bueno, sino hasta necesario el personalismo, y buscar por -- encontrar una razón lógica que substituye a los protextos -- que sus predecesores han encontrado para hacer que el Derecho escape de la jaula territorial.

Sin mencionar siquiera la anticuada pretensión de soberanía universal de los emperadores, quieren que la ley que el soberano dicta para sus súbditos vaya con ellos como algo de la propia naturaleza de los mismos, siguiéndoles, -- ordenando su conducta y su vida, imponiendo sanciones, todo esto donde quiera que se encuentra, con lo que llegan a -- plantear el problema que se analiza no como una antinomía -- entre la territorialidad y las necesidades vitales, sino como una distinción, o como una lucha entre el paralelismo y -- el territorialismo.

La antítesis de estos dos principios pretende tener como causa la hipotética duplicidad de la soberanía, ya que se dice que: cada Estado está llamado a reqir su propio territorio y sus súbditos (85), entendiéndose por súbditos unas veces a los nacionales y otras a los domiciliados-

(85).- Ver: Pierre Louis, Lucar, El imperiense territorialité du droit, en Revue critique de Derecho Internacional, 1935, pág. 636.

o avicinados en el territorio.

Así, en un caso cualquiera en que un extranjero - se encuentre en territorio nacional, o un nacional en territorio extranjero, se presenta el problema de Derecho Internacional Privado al surgir la lucha entre los elementos llamados de soberanía.

Ya planteado el problema, cada autor recurre a -- los principios que juzga más adecuados, para fundar una resolución que determina el triunfo de uno de los dos elementos de tal modo que el problema planteado venga a quedar resuelto de acuerdo con las soluciones tradicionales, acomodando la solución al sentido de la equidad (Bouhier) o al sentido nacional (Mancini) o a lo que el autor considera -- conveniente suponer como fin social de la ley (Pillet).

Sería curioso seguir, a través del pensamiento de los personalistas, la serie de contradicciones, de errores notorios en que incurren al defender sus puntos de vista en la solución de los problemas particulares, pero estos nos desvían de la finalidad que se persigue. Sin embargo, es digno de notarse que el principal error está precisamente en la afirmación en que ellos pretenden apoyar la excepción de territorialidad.

En efecto, el Derecho no rige a un territorio, el

Derecho sólo rige o regula acciones humanas, sólo ordena la conducta de los hombres al referirse sus normas a las cosas o al territorio, no rige, ni los regula.

Debe notarse que esta afirmación sirve como piedra angular a toda la construcción de la teoría de Frankenstein, el más moderno o probablemente el autor que con mayor alcance ha pugnado por la no territorialidad o por la personalidad del Derecho, y por la misma certidumbre, parece su afirmación básica para destruir toda la tesis personalista.

Efectivamente, las leyes, el Derecho, se refieren al territorio y a las cosas sólo en relación a la actividad humana. Esto es el objeto de su regla. Pero esta actividad no puede ser normada siempre. El poder jurídico del Estado es un poder limitado y ésta limitación espacial, está marcada por los límites territoriales.

La antítesis entre la soberanía personal y la soberanía territorial no puede ser planteada en Derecho, ya que no son dos aspectos del poder del mando, sino uno sólo. El Estado legisla regulando la actividad de quienes están sometidos a su imperio, quienes sufren su poder jurídico; pero sólo pueden regular la actividad realizada en el ámbito de su poder específico, sin que pueda pretender dictar normas de conducta sobre la actividad de que los hombres en

sus fronteras. De seguir esta idea volveríamos a la jurisdicción universal.

Probablemente el intento más brillante para la sustentación de la tesis personalista es el hecho por Frankenstein, que busca un apoyo para la construcción en la Filosofía del Derecho, desprendiéndose de soluciones tradicionales, y tratando de encontrar un camino en el laberinto formado por la elaboración teórica en esta norma del Derecho. (86)

Para Frankenstein, cada norma jurídica como la conducta del individuo para quien fué creada, donde quiera que ésta se encuentre, sin tomar en cuenta los límites territoriales, apoyándola en la formación de circunstancias sociológicas y psicológicas del Derecho.

Para este autor, el Derecho es la emanación de un grupo social, formado por la cooperación de todos y cada uno de los individuos del grupo, sólo tiene valor para los miembros de esa comunidad social, pero su valor es tal que ordena su conducta donde quiera que se encuentran.

El individuo, sólo puede quedar sujeto a ordenamientos dimanados de grupos diversos, en tres casos: 1.- En cuanto a sus relaciones con las cosas, y por un motivo de sólo conveniencia práctica. 2).- Cuando su propio siste

(86).- Frankenstein, citado por Miaja de la Muela, Adolfo,- Ob. Cit. págs. 198-199.

ma de normas lo sujeta a un ordenamiento diverso, y 3).- --
Cuando se encuentra en relación con una institución de Derecho Público, en cuyo caso se aplicará la ley que creó dicha institución.

Se admite que el Estado puede, por medio de su ordenamiento jurídico, hacer a un lado estos principios y aplicar su propia ley o la ley extraña que estime conveniente, considerando que esta realiza por el empleo de la fuerza material de que dispone el soberano del territorio, pero notando que la obligatoriedad de la norma jurídica sólo de su correspondencia con la convicción jurídica de la misma o de la mayoría de la comunidad, la fuerza es empleada contra el Derecho.

En la teoría de Frankenstein, encontramos el - -
error en su base.

El Derecho formado por el juicio de la masa, por la pluralización del juicio individual, sobre la norma que aún no nace, es inadmisibles no sólo frente al orden lógico del pensamiento, sino frente a la realidad. Esto sin tener en cuenta los aspectos técnicos del Derecho, a los cuales - las masas son totalmente indiferentes.

Nos colocamos así frente a una ingeniosa teoría -
desprendida de toda realidad, y lo que es más, el propio au

tor considera que la realidad está en contra de su teoría - al admitir que el empleo de la fuerza, jurídicamente ordenada puede deshacer toda su construcción.

Esta fuerza jurídicamente ordenada, no es sino el Derecho que se impone en su aspecto territorial sobre cualquier pretensión del personalismo del Derecho. Esto es, el Derecho personal valdrá cuando el Derecho territorial lo ordene, con lo que el valor del Derecho personal queda totalmente anulado.

La sólo afirmación de este autor en el sentido -- que para un individuo extranjero sólo es Derecho su Derecho "debiera haber llevado el autor a una revisión del concepto en que se funda para decirlo". (87)

De mayor actualidad y reforzada por los esfuerzos de internacionalistas contemporáneos, es la tesis que pretende evitar los dañosos efectos que a primera vista presenta el territorialismo, buscando un apoyo en el Derecho de Gentes.

Entre los expositores de esta tesis encontramos nombres de juristas ilustres como Zitelmann (88), este autor, parté con acierto incontrovertible, afirmando que el problema de la existencia del Derecho Internacional Privado es una consecuencia ineludible de la coexistencia de diver-

(87).- Pacchioni, Elementi de Diritto Internazionale Privato, Padua 1930, págs. 213 y 214, citado por Miaja de la Muela, Adolfo, pág. 405.

(88).- Zitelmann, Internationales Privatrecht, tomo I, Leipzig, 1897, págs. 55 a 60, citado por Miaja de la Muela, Adolfo, Ob.Cit. págs. 153-154.

sos Estados soberanos.

Sin embargo, en esta tesis, se pretende que la actividad de los Estados sea regulada por el Derecho Internacional Público, limite su acción legislativa permitiendo la aplicación de leyes extrañas u ordenándolas.

Se crea así, dentro del Derecho de Gentes un grupo de normas destinado a la resolución de los problemas de Derecho Internacional Privado, por medio de reglas de conducta dirigidas a los Estados, imponiendo a estos, ciertas limitaciones que se juzgan indispensables para el armónico desarrollo de la vida internacional, obligando a aceptar leyes de otros Estados, rigiendo actividades humanas realizadas fuera de sus respectivos territorios, y dando efectos de Derechos a aquellas legislaciones jurídicas que "deben" surtir efectos extraterritoriales.

Grandes esfuerzos se han realizado en las épocas más recientes para lograr establecer con precisión las reglas que los Estados deben seguir en esta materia. Por ejemplo en algunas Convenciones Internacionales se ha estudiado desde el punto de vista doctrinal las reglas que deben proponerse, y otras han sido más allá tratando de resolver el problema por medio de la formación de Tratados Colectivos conteniendo normas que deberán seguirse por las diversas Naciones

contratantes.

Puede citarse como ejemplo de los Tratados de mayor eficacia el de Ginebra sobre las Letras de Cambio y el de la Habana, Cuba, en que fue presentado el Código de Bustamante, el que contiene una serie de disposiciones sobre aplicación de Leyes y otras materias. (89)

Para poder apreciar debidamente esta tesis, no podemos limitarnos sólo a ver su aspecto teórico, sino que, sin descuidarle, hemos de ver también sus resultados prácticos.

La formación teórica de esta tesis es presentada en forma variada. Por el interés y la actualidad de ella, creemos conveniente tomar los datos más sobresalientes de las diversas exposiciones y analizarlas separadamente y poder dar así una opinión fundada sobre la tesis general.

Von Bar, primero de los tratadistas de Derecho Internacional Privado, que prefiere directamente este Derecho al Internacional Público, apoya su teoría en el estudio de la gran obra de su maestro Federico Carlos de Savigny.

Este autor es el primero en considerar de lleno que el Derecho Internacional Privado, no es una rama del Derecho interno, sino del Derecho propiamente internacional o

(89).- Código de Bustamante, citado por Arellano García, -- Carlos, Ob.Cit. pág. 239.

superestatal ya que sus normas, determinan la competencia - de cada Estado para regular las relaciones jurídicas entre-particulares.

Estas normas corresponden a un Derecho superior- al Derecho de cada Estado, es decir, al Derecho Internacio- nal, en contraposición de aquellas que no trascienden de la esfera de acción de cada Estado.

No es posible que el Derecho Internacional Privado puede depender de la determinación arbitraria de cada Es- tado ya que esto haría imposible la vida internacional.

Ningún Estado puede afirmar la competencia de sus sistemas legales en la materia, sin tomar en cuenta a los - demás Estados, con merma de los soberanos derechos de éstos.

Debe admitirse que cada Estado puede legislar en- esta materia sólo que las leyes internas deben conformarse- a las leyes internacionales y éstas deberán imponerse y de- terminarse conforme a la naturaleza de la materia regulada, así como a las relaciones internacionales y al respeto debi- do a las soberanías de los demás Estados. (90)

Cavaglieri, toma una posición análoga, sólo que - ya llegando hasta las más modernas ideas sobre la califica- ción internacional. Este jurista, afirma: "el Derecho In--

(90).- Theorie an Praxis des internationalen privatrechts,- Hannover 1889, Italiana, Turin, 1915, Pacchioni, Ob.- Cit.pág. 32 y siguientes, E. Trigueros La Evolución- Doctrinal del Derecho Internacional Privado, pág. 77 y sigs.

ternacional Privado", en su realización positiva, constituye una parte del Derecho Internacional y debe revestir sus caracteres necesarios. Esto, es, sus normas deben ser creadas exclusivamente por la voluntad concordante de varios Estados, por medio de costumbres y de Tratados normativos.

En cuanto a la positividad de la costumbre se afirma que aún cuando ha tenido un desarrollo escaso, se han aceptado ciertos principios fundamental es en la actuación separada de cada Estado, como por ejemplo: la obligación de todo Estado de reconocer un cierto valor en su propio territorio a la legislación extranjera, llegando a asegurar que "si un Estado se encerrara en la más absoluta territorialidad, cometería indudablemente violación al Derecho Internacional, de la que sería responsable frente a los demás Estados", y agrega una larga lista de las diversas Convenciones Internacionales que han producido Tratados normativos, que él consideraba la verdadera fuente del Derecho Internacional Privado. (91)

Zitelmann, "encuentra el razonamiento fundamental de su tesis afirmando que todo derecho subjetivo se caracteriza como un poder jurídico conferido por medio de su orden jurídico. Por lo que el Estado al conferir tal poder, es manifestación del poder soberano sobre aquella entidad sobre la cual el Derecho Subjetivo atribuye al particular un-

(91).- Cavaglieri, *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Nápoles, 1933, págs. 46 y 54 en el capítulo fuentes del Derecho Internacional Privado.

poder jurídico, lo que presupone de parte del Estado un correspondiente poder sobre esa entidad. Por otra parte, si el Estado es miembro de la Comunidad Internacional y en consecuencia su poder jurídico no deriva de su propia voluntad, sino del reconocimiento de parte de los demás Estados.

Como consecuencia de lo anterior resulta que puede atribuir o permitir un Derecho Privado Subjetivo, con -- eficacia internacional, sólo la ley de aquel Estado a quien compete, en general, el poder jurídico reconocido internacionalmente, sobre aquélla entidad sobre la cual a su vez -- debe conferir poder jurídico el Derecho Privado Subjetivo.

La determinación de estos poderes jurídicos de -- los Estados debe ser hecha tomando como base la misma distinción aceptada entre soberanía personal y soberanía territorial, tomando de ahí las bases fundamentales para las soluciones concretas, que a la vez serán las normas internacionales a las que los Estados deberán ajustarse a su legislación interna. (92)

Como características comunes puede verse en la diversa doctrina existente y en las diversas exposiciones que citamos la aceptación unánime de las causas del problema; -- coexistencia de Estados soberanos y la necesidad de garantizar la protección jurídica de los intereses de los particu-

(92).- Zitelmann, Ob.Cit. pág. 117, citado por Miaja de la Muela, pág. 154.

lares que salgan de un territorio. La solución del problema: Deber jurídico impuesto por el Derecho de Gentes a cada Estado para dar valor en su propio territorio a leyes -- emanadas de otros Estados, como una consecuencia de su soberanía legislativa limitada por la Comunidad Internacional.

Las divergencias residen en los Estatutos reales- y personales de los diversos métodos para fijar tales límites: Von Bar recurre a la naturaleza de las relaciones. -- Zitelmann a la limitación del poder de mando y a la distinción entre la soberanía personal y territorial. (93)

La teoría internacionalista trata de evitar, como se ha dicho la aparente dificultad planteada por el territorialismo del Derecho, salvando el límite territorial por el vehículo más fácil, en apariencia de apoyarse en el Derecho de Gentes para obligar a cada Estado a aceptar, como normas del Derecho extraño que deben aplicar.

Este punto presenta el error doctrinal de la tesis internacionalista. El Derecho Internacional Público no puede obligar a cada Estado a dictar normas de aplicación - de leyes extrañas ni a aplicarlas. Esto, porque el Derecho Internacional Público no puede pretender regir la facultad de los Estados para dictar sus normas de Derecho.

Efectivamente, el poder normativo de un Estado no

(93).- Tópicos expuestos en este trabajo en la hoja 70 en lo que respecta a la evolución doctrinal del Derecho Int. Priv.

deriva del reconocimiento de tal poder por parte de ningún-Derecho superior; el poder jurídico del Estado no es un Derecho Subjetivo del Estado, sino que aparece como expresión de la existencia misma del Derecho como ente y como ordenación jurídica, que debe encontrar en sí mismo el propio fundamento jurídico (94). De aceptarse esta tesis el Derecho de cada Estado debería considerarse derivado del Derecho Internacional.

Es más, la misma tesis internacionalista admite - que las normas derivadas del Derecho Internacional Público, sólo se aplicarán cuando el Estado dicte en su Derecho interno, normas contradictorias, lo que reduce la importancia en las pretendidas normas del Derecho de Gentes; y aún admite que toca a cada Estado dictar las disposiciones necesarias para la efectividad del Derecho superior, con lo que viene a admitirse la ineficacia de tal Derecho.

Si el Derecho no puede normar la actividad legislativa de los Estados, las normas de éstas contrarias al Derecho superior, carecerían de apoyo y en consecuencia de validez jurídica. Como se ha dicho, la misma tesis internacionalista admite que sólo tiene efecto la norma superior - cuando coincide con la inferior y que en el caso contrario, la falta de coincidencia lleva a la aplicación de la misma-norma interna que se presupone inferior. La ilógica inver-

(94).- Ago, Roberto, Teoría del Diritto Internazionale Privato, Padua 1934, págs. 63 a 95, Cit. por Miaja de la Muela, Adolfo, Ob. Cit. págs. 27-34.

sión de valores es notoria, por lo que nos vemos obligados a concluir de acuerdo con la dogmática (95), no es un Derecho Subjetivo, ni admite limitaciones complementarias ni derivadas de Derecho superior alguno.

Sólo para dar una impresión completa de la falta de realidad y sentido de la tesis, conviene ver las substanciales en que los internacionalistas apoyan el contenido -- del normativismo.

Von Bar asegura que la norma internacional, debe ordenar la aplicación de las leyes extrañas de acuerdo con la naturaleza de las cosas, con el respeto a las soberanías y con la costumbre internacional.

La Costumbre Internacional en materia de Conflicto de Leyes, es una idea desprovista de toda realidad, la costumbre es apenas suficiente para crear normas rudimentarias, pero nunca podrá la costumbre llegar a la creación de normas de un carácter absolutamente técnico como son los de esta materia. Pudiera hacerse referencia a la ciencia del Derecho, pero es dudoso que ésta pueda considerarse fuente del Derecho, positivo.

El respeto a las soberanías y la naturaleza de -- las cosas, están aún más lejos de la realidad y en relación a la tesis internacionalista, debe observarse que tanto el-

(95).- Perassi, Teoría dogmatica delle fonti di norme giuridiche in Distrito Internazionale Privatto, en la -- revista di diritto internazionale, 1917, pág. 7.

respeto a la soberanía, que lleva a mantener intocable su potestad jurídica, como la naturaleza de las cosas como nos lleva a pensar en la naturaleza territorial del Derecho, nos llevaría a desechar la tesis a la que pretenden servir.

No sólo los impugnadores, sino hasta sus defensores mismos están de acuerdo en aceptar que, entre las ideas de la tesis y la realidad existente encontramos una discordancia absoluta. No se realiza en la vida jurídica de los Estados, la vigencia de las normas superestatales. Esto es un hecho notado y aceptado continuamente.

Es cierto que se han realizado algunos importantes esfuerzos dirigidos a convertir en realidad los principios de la escuela internacionalista, pero no sólo por la imposibilidad material de una absoluta realización, pueden considerarse sin importancia.

Existen determinadas razones que de una manera fatal han venido reduciendo a impotencia los escasos resultados prácticos que con grandes esfuerzos se han logrado.

Para que un derecho propiamente internacional pudiera existir, en cuanto a aplicación de leyes extrañas, sería preciso en primer término una reglamentación precisa y uniforme, sustituyendo totalmente el Derecho de cada país, pues mientras éste subsista existirán simultáneamente dos -

órdenes normativos sobre la misma materia, presentando inso-lubles problemas de coexistencia. Sería preciso igualmente que dos normas internacionales tuvieran un valor absoluto, -comprendiendo a todos los Estados, siendo inrenunciables. - De otro modo se tienen soluciones diversas según que la ley aplicable derive o no de un Estado contratante, o que la --convención esté o no vigente.

También es indispensable, que las reglas internacionales sean claras y que contengan referencias técnicas y terminología aceptada universalmente, ya que de otro modo la interpretación y aplicación de las reglas será distinta en cada lugar, nulificando el fin perseguido.

Después de presentar estas consideraciones, Frankenstein, agrega que como estas exigencias no son, a su ju-icio realizadas, en la actualidad, estimó no sólo prematuro, sino nocivo, todo intento hacia la creación de convenciones internacionales dice Trigueros. (96)

Agrega Frankenstein la esperanza en que un día --surja el Derecho Internacional que reglamente la aplicación de leyes extrañas, esperando que los principios científicos sean aclarados de tal modo que se imponga por su verdad en todas partes.

Estaríamos de acuerdo con él si el Derecho fuera-

(96).- Frankenstein, Ob. Cit. pág. 270.

una elaboración científica exclusivamente, pero, en tanto - que el Derecho sea, como será siempre, un medio técnico para resolver las necesidades de la vida, y siendo éstas mudables y desiguales de un lugar a otro y de una a otra época, creemos que la aceptación de un Derecho Internacional Privado Uniforme, obligatorio para todos los Estados en todas -- las épocas, es algo semejante a la piedra filosofal buscada por los alquimistas de la Edad Media.

Creemos que los esfuerzos de los internacionalistas dirigidos a encontrar en el Derecho superior uniforme y obligatorio, la solución de todos nuestros problemas serán igualmente estériles que los alquimistas en la búsqueda de la piedra filosofal y que aún cuando de sus esfuerzos salgan muchas cosas útiles para nuestra materia cada vez la -- ciencia los encuentra más lejos del fin que buscan.

Con objetivos mucho más reducidos que las tesis - anteriores, pero con la lógica más cercana a la realidad, - la tesis internista presenta soluciones diversas que tienen todas de común, la idea de hacer depender las soluciones de los conflictos de leyes de la ley de cada país integrada en este punto por normas de conflicto o de Derecho Internacional Privado.

b).- Teoría de la Incorporación.

Hechos los planteamientos que precede al presente punto, y en el cual no vamos a ocuparnos en el análisis de las diversas manifestaciones de las tendencias internistas, porque sería desviarnos de nuestro objetivo, ocupándonos -- por tanto, únicamente tan sólo en analizar la tesis de la incorporación del Derecho extranjero en que en la actualidad pueden considerarse resumidas las principales teorías internistas. (97)

La teoría de la incorporación no pretende como la teoría de la personalidad o de la teoría internacionalista, encontrar soluciones idénticas para todos los conflictos de leyes que se presentan en los Estados que integran la comunidad internacional. Sin desconocer que existen coincidencias en cuanto a las soluciones, sin pretender desvirtuar la comunidad histórica de algunos preceptos del Derecho Internacional Privado, presenta aspectos de mayor positividad, aún cuando no deja de advertir la comunidad de soluciones idénticas, se señala la imposibilidad material de una identidad absoluta en las soluciones.

Invirtiendo las posiciones adoptadas por las tesis internacionalista aprovechan la parte real confesada -- por sus defensores, y se afirma que el conflicto que presenta la absoluta territorialidad del Derecho frente al comercio y a la vida humana que rebasa las fronteras debe plan--

(97).- Expuesto en la hoja 70 y siguientes, sobre la evolución doctrinal del Derecho Internacional Privado.

tearse y resolverse internamente. Esto es; cada Estado deberá proveer, en la esfera de su poder jurídico, a la solución de los problemas que ante sus órganos se presente, acudiendo al medio específico de que el Estado dispone a sus propios ordenamientos jurídicos.

Se hace notar, desde luego, que hoy todo Estado debidamente organizado tiene un sistema propio de Derecho Internacional Privado interno y que si algunas veces se aceptan Tratados normativos, obligándose convencionalmente a regular de un modo especial algunas materias, esto mismo presupone una originaria y plena libertad para legislar independientemente y según su propio modo de pensar. (98)

La tesis internista contemporánea acepta, desde luego, la territorialidad absoluta de todas las leyes, señalando como objeto del Derecho Internacional Privado, la debida regulación interna de las relaciones de naturaleza internacional, en cuanto por su especial naturaleza no pueden ser disciplinadas de modo conveniente por la legislación -- substantiva interna del Estado.

Esta afirmación de absoluta territorialidad trae como consecuencia la destrucción también de la tesis internista de la autolimitación en cuanto a que, la tesis antes mencionada, vendría a presentar como consecuencia de esta

(98).- Ibidem, págs. 80 y siguientes.

autolimitación, la extraterritorialidad del Derecho extranjero aplicable a los casos en que el Derecho interno se limitaba. Así llega la doctrina a considerar las normas de Derecho Internacional Privado como normas que incorporan al sistema jurídico de un Estado, las normas o grupos de normas de otro Estado. (99)

La incorporación se realiza por una verdadera y propia inserción en el ordenamiento propio de aquellas normas (extrañas) con el significado y con el valor de ellas tienen en el sistema para el cual se han dictado. (100)

La posibilidad técnica de tal incorporación queda demostrada al afirmar que un Estado puede por medio de la norma de Derecho Internacional Privado insertar, en el orden jurídico al que pertenece, las normas substanciales que regula relaciones que presentan un carácter extraño a la vida real interna, realizando esta función característica, al fijar una vinculación entre la relación que se regula y un orden jurídico extraño, y asumir la fuente del orden designado como fuente de su propio orden, para dar juricidad a las normas emanadas a aquellas fuentes. (101)

Resultaría así, la gráfica expresión de Chiovenda (102) que el órgano del Estado aplica el Derecho extranjero, pero como Derecho nacionalizado, no como Derecho extranjero.

(99).- Pacchioni, Ob. Cit. pág. 112, citado por Miaja de la Muela, pág. 405.

(100).- Ago, Roberto, Ob. Cit., pág. 12.

(101).- Ibidem.

(102).- Chiovenda, Principi de Diritto Procesale Civile, Nápoles, pág. 303, Cit. por Miaja de la Muela, Adolfo.

En estos casos la tesis de la incorporación apoya la validez del Derecho incorporado en el propio valor del sistema jurídico incorporante ya que éste en vez de regular por medio de normas substantivas directas una determinada relación, recurre a un Derecho extraño, como puede en todo caso hacerlo, y como de hecho se verifica continuamente en la referencia a leyes emanadas a fuentes diversas de producción de normas. Son continuas en el Derecho de todos los países disposiciones de este tipo.

La norma de incorporación que ordena la aplicación de una ley extranjera sólo se diferencia de la generalidad de las otras normas de este tipo genérico en que la designación de la fuente no es directa sino que está referida, en general, a los mismos elementos de la relación a la que debe aplicarse.

Con un pensamiento jurídico distanciado totalmente de la dogmática continental la Escuela Norteamericana de Yale, nos propone conclusiones análogas, la explicación de la ley extranjera por la incorporación se aplican hablando de integración de las leyes extranjeras en el cuadro de la legislación nacional. (103)

La incorporación, descarta como hemos dicho, toda idea de autolimitación, así como toda idea de conflicto de

(103).- Versobre esto el estudio de Pierre Wigny, *Essai sur le Droit Internationale Privé Americain*, París 1932, págs. 176 y siguientes.

leyes propiamente tal como una consecuencia de la aceptación absoluta del principio de la territorialidad.

Para los defensores de esta tesis, el Derecho extraño no puede valer por sí mismo fuera de su territorio, - en consecuencia nunca puede presentarse un conflicto entre varias leyes. Para el órgano de un Estado sólo hay una ley aplicable y es la que deriva del Estado mismo, incluyendo - en ellas las normas extrañas incorporadas.

Tampoco puede pensarse en la limitación de las -- normas substantivas del Derecho interno, aún cuando dimanen de fuentes distintas, pero no es la limitación que un orden jurídico pueda imponerse a sí mismo. Esto vendría a implicar o la admisión de la extraterritorialidad del orden jurídico extraño señalando como competente, o la aceptación de un canal de aplicación diverso del orden jurídico estatal.-
(104)

La breve exposición que precede, sobre las características esenciales de la teoría de la incorporación, nos permite apreciar sus aciertos fundamentales.

Podemos ver en ella un sistema dogmáticamente correcto y técnicamente posible, para hacer que la norma jurídica íntegramente de un sistema de derecho pueda venir a -- ser norma jurídica en otros sistemas.

(104).- Para una exposición y refutación más amplia, ver Roberto Ago. Ob.Cit. pág. 96 y lo concerniente a lo -- expuesto en la hoja 70 y sigs.

Con esto se pretende remediar el efecto de la territorialidad del Derecho asegurando una solución idéntica, o semejante en un Estado para las relaciones de Derecho que estén vinculadas con un sistema de Derecho de otro Estado.- La creación de las normas idénticas en dos sistemas permite efectivamente la solución aparente del problema surgido de la territorialidad al dar a la relación jurídica un efecto de Derecho idéntico o semejante al que tuviera en caso de ser juzgada por los órganos del sistema jurídico al cual se encuentra vinculada.

Frankenstein se pregunta si la ley francesa puede decidir cómo debe ser celebrado el matrimonio en Noruega entre un griego ortodoxo y una nacional de aquel país, para ser reconocido en Francia, haciendo notar la inconsistencia de los sistemas internos de Derecho Internacional Privado, - que por el desconocimiento de las nociones del Derecho y de la ley pretenden en esta forma dictar leyes al mundo. (105)

De esto resulta que el jurista mencionado, incluye la necesaria aceptación de toda una serie de postulados que unifiquen y racionalicen el Derecho Internacional Privado.

La observación de Frankenstein, es correcta, aún cuando su conclusión no puede admitirse como una conclusión

(105).- Une Doctrine Moderne du Dritto Internationale Privado, Revue de Diritto Internationale Privatto, 1932, pág. 49.

necesaria.

En efecto, la ley francesa no puede determinar -- las condiciones de validez del matrimonio en Noruega, ni directamente ni por medio de normas de aplicación de leyes extrañas, ni siquiera por lo que hace al reconocimiento de -- tal acto en Francia, pero esto no por que la ley francesa - deba aceptar los lineamientos de una doctrina general cualquiera, la causa es mucho más accesible.

El Derecho de un Estado es siempre territorial, - se ha afirmado al principio de este estudio, y se ha dicho que esta territorialidad del orden público, tiene como consecuencia el que las actividades humanas que están sometidas al Derecho, son sólo aquellas que tengan lugar en el espacio geográfico del territorio del Estado.

Todas las normas jurídicas que integran un sistema estatal, tienen esta necesaria limitación a la que No se sustraen ni las normas de incorporación al orden jurídico - tiene forzosamente las mismas limitaciones de las demás normas de ese orden de Derecho.

"La norma incorporada es una norma del sistema incorporante y cuando la inserción se realiza, pierde toda relación con el sistema jurídico del que forma parte y del -- cual es tomada." (106)

(106).- Ago, Roberto, Ob. Cit. pág. 3.

De acuerdo con la tesis de la incorporación, el sistema incorporante agrega a su orden de normas, otras normas tomadas de sistemas extraños.

Estas normas sin relación alguna con el sistema del que fueron tomadas, no pueden ser normas frente a actos humanos realizados fuera del espacio geográfico que forma parte del territorio del Estado que las ha incorporado.

Los Actos realizados fuera de ese espacio, aún dentro del ámbito de vigencia de la norma idéntica o análoga de otro sistema, quedan frente a la tesis de incorporación como simples hechos ajenos al orden jurídico del Estado incorporante en tanto que éste por su necesaria territorialidad no puede registrarlos.

Este acto, que es jurídico y que tiene consecuencias jurídicas sólo para realizar la hipótesis prevista por la norma que rige en ese territorio la conducta de quien lo ejecuta, no puede ser tenido como tal, ni puede producir efectos de Derecho, fuera del ámbito de vigencia de esa norma.

Suponer otra cosa sería contrariar la lógica al suponer que una concreción del Derecho tuviera un efecto más amplio que el Derecho mismo.

No puede suponerse como pretende la tesis norteamericana de Beal, "que cuando un Derecho ha sido creado por una ley, este Derecho viene a ser un hecho y su existen

cia puede ser factor en la hipótesis que la misma ley, y -- otra ley, considere como condición de un nuevo derecho" - - (107), con lo que se pretende que el hecho sea trasladable de un territorio a otro como circunstancia condicionante - del Derecho de un Estado diverso de aquel que lo creó.

No obstante la ingeniosa presentación, de la idea, no puede pasar inadvertida la transposición del plano del - deber en que se sitúa lo jurídico no es susceptible de tras- ladarse, ya que no ocupa lugar.

Un Derecho no puede ser llevado de un territorio- a otro, para colocarlo ahí y presentarlo como condición de- aplicación de otro Derecho.

Estas exposiciones, producto del abuso del lengua- je, nos llevan con frecuencia a admitir razonamientos funda- dos en el equívoco que produce el empleo indebido de tecni- cismos jurídicos, con significación de cosas o de actos que suceden.

Es cierto que una relación jurídica, una situa--- ción jurídica concreta, es no sólo con frecuencia, sino en- la mayoría de los casos, presupuestos para la aplicación de otras normas de Derecho o para la situación de los órganos- del Estado, pero no hay que confundir los hechos o aconteci- mientos condicionantes de una norma, con la situación jurí-

(107).- Summary an treatise, on conflicto of louds, párrafo dos, cuarto y quinto.

dica que presupone.

Es preciso proceder con toda pulcritud lógica en este punto, ya que, precisamente esta relación entre situaciones jurídicas concretas y la aplicación de otras normas o la actuación de los órganos estatales, es lo que, en la teoría pura, reduce a la ineficacia, la exposición actual de la tesis, de la incorporación.

No sólo constituye el problema de Derecho Internacional Privado al dar soluciones análogas a las actividades de los hombres cuando se realicen en uno o en otro Estado.

Este es el problema principal, consiste en la determinación de la eficacia jurídica que frente a un orden de normas y frente a los órganos de un Estado, debe tener la actividad humana realizada fuera del poder jurídico de ese Estado, y sobre todo, la forma técnica en que es posible dar una determinada eficacia a esa actividad destinada a producir efectos de Derecho.

Este aspecto pasa inadvertido a los expositores de la tesis de la incorporación y sin embargo dogmáticamente tiene una fundamental importancia y en la práctica, la debida solución de este aspecto del problema tiene trascendentes consecuencias no sólo para la solución de los problemas técnicos específicos, sino también frente a las solu

ciones finales.

Veamos como la teoría de la incorporación deja -- sin resolver este problema, analizando su idea a la luz de la teoría del Derecho.

El aspecto unitario del orden jurídico, su formación escalonada o piramidal nos lleva por sí sólo a notar -- la imperfección de la tesis de la incorporación.

La reacción indispensable que existe entre la norma jurídica individual o concreta que surge con la realización efectiva del hecho condicionante que sirve de hipótesis a la norma general hace indispensable para que la norma individual exista, que el hecho se realice dentro del ámbito de vigencia de la norma general.

La norma general que se inserta en el orden jurídico incorporante, según la opinión misma de los expositores de la tesis de la incorporación, no puede concentrarse o individualizarse por los actos efectuados fuera del territorio aún cuando ellos realicen la hipótesis prevista en -- otra norma idéntica, pero que no forma parte del sistema incorporante.

Por otra parte, la norma individual o concreta -- que se ha formado al realizarse la hipótesis prevista en la

norma general, por un acto efectuado en el ámbito territorial de su vigencia, no puede condicionar, como norma jurídica concreta la aplicación de otras normas o la actividad de órganos del Estado, sino en tanto que esas normas y órganos formen también parte del orden jurídico del que la norma concreta es parte.

Es decir, esto porque la norma jurídica concreta sólo tiene valor como tal en cuanto vale la norma jurídica general, de la que es derivación.

La norma jurídica concreta o individual sólo existe, o más propiamente sólo vale, en un ámbito espacial en que existe o vale el orden jurídico de que forma parte.

De esto resulta la parcial insuficiencia de la tesis de la incorporación tal como ahora ha sido expuesta.

Esta tesis resuelve el problema relativo a la igualdad de consecuencias jurídicas que pueden atribuirse en un Estado a actos realizados en su territorio, con relación en actos idénticos realizados en el otro Estado cuya norma haya sido incorporada.

Así el acto realizado por un individuo en un Estado, tendrá consecuencias idénticas o análogas a las que el mismo acto tuviera en aquel otro Estado cuya norma regulado

ra de esa actividad ha sido incorporada.

Pero, aún cuando este problema es efectivamente, uno de los que se producen como efecto de la territorialidad del Derecho, no es ni lo único ni el más importante.

El otro problema que es substancial es el relativo al efecto jurídico extraterritorial de la actividad humana, problema que entraña precisamente la efectividad jurídica extraterritorial de la protección internacional del Derecho Subjetivo que no es otra cosa que el poder jurídico individualizado. (108)

No creemos necesario referirnos de nuevo a la idea de Zitelmann que hemos examinado anteriormente.

En cuanto este aspecto de la doctrina de Pillet, hay que reconocer el acierto de su distinción entre el problema relativo al nacimiento de una relación jurídica cualquiera y la protección de los Derechos Subjetivos que han sido creados por el Derecho en virtud de la ejecución del acto jurídico.

En uno y en otro caso, existe efectivamente un conflicto de leyes extrañas, pero deben ser cuidadosamente distinguidos en tanto que en un caso se encuentra una actividad humana realizada en el ámbito de vigencia del Derecho,

(108).- Sobre este aspecto, son esenciales los estudios de Adolfo Merkel, Ver Enciclopedia Jurídica Editorial-Madrid, 1925, págs. 101 y siguientes.

y en el otro no.

El problema que deja en pie la tesis de la incorporación es un problema cuya solución está ya preparada, -- tanto para la solución técnica de la misma tesis como por -- la distinción que acabamos de notar.

Hemos visto como técnicamente es posible a un orden jurídico incorporar normas jurídicas que integran un -- sistema extraño.

Hasta ahora la exposición se ha limitado a pensar en la incorporación de la norma abstracta o genérica; se -- habla siempre de la incorporación de las leyes que integran un sistema jurídico extraño sin pensar para nada en que de estas leyes surge, al realizarse su hipótesis, una norma jurídica integrante también del sistema extraño que es la norma individual o norma concreta.

En la teoría del Derecho la posición de unas y -- otras es distinta sólo en el orden escalonado de la construcción jurídica, pero técnicamente son de una esencia jurídica igual y por lo mismo sí es posible en la técnica jurídica aceptar la incorporación de las normas jurídicas -- abstractas, también es posible aceptar la incorporación de la norma jurídica individual.

No podemos olvidar como dice Kelsen, "que en el orden jurídico, la creación de cada norma es reconocida como un hecho determinado por la norma superior de la cual es contenido" (109), continúa afirmando el propio autor: "El negocio jurídico, como el acto del legislador realizan una función individualizadora que puede o crear normas de contenido individual o bien concretar sólo la norma abstracta." (110).

La incorporación que es posible, tomando en cuenta la norma individual o concreta tal como existe en el orden jurídico en que ha surgido, con todas las particularidades que le han producido, con todos los ingredientes que la hayan formado, pero ya en su aspecto concreto.

Es indudable que esto implica una referencia necesaria a los antecedentes de hecho y de derecho de la norma concreta.

Habrá que ver si los hechos probados han sido los que pudieron producir la concreción e individualización -- del Derecho abstracto.

Pero esto es sólo un proceso mental como el que se llevó a cabo, más o menos conscientemente cuando se aceptó la existencia de la norma (fundamental).

(109).- Kelsen, Hans, Teoría General del Estado, edit. Madrid, 1934, pág. 327.

(110).- Ibidem, pág. 347.

Un proceso inverso, pero de contenido lógico idéntico, se realiza en la incorporación de las normas abstractas de Common Law, caso en el cual precisa un doble proceso de generalización primero y de concreción después.

Demostrada como ha sido desde Merkel, la construcción escalonada del orden jurídico, y aceptada la existencia en el campo del Derecho de las normas individuales o concretas como integrantes del orden público, afirma la posibilidad técnica de la inserción de una norma extraña en el Derecho propio, hay razón para determinarnos en la incorporación de sólo las normas generales, que resuelve sólo un problema de utilidad o de conveniencia y excluir la incorporación de la norma concreta o individual que resuelve un problema de necesidad.

Vamos así a una solución técnicamente idéntica a la propuesta por la teoría internista de la incorporación, con la única diferencia de mostrar dos tipos diversos de incorporación coexistentes, que aunque no han sido doctrinalmente expuestos con la debida separación, han sido continuamente aceptados no sólo por la jurisprudencia, sino también por la doctrina misma en sus soluciones forzosas e ilógicas.

Encontramos soluciones de este tipo en la doctrina

na y en la jurisprudencia al tratar los problemas técnicos-- como el reenvío, el orden público, la calificación y aún en los problemas prácticos como en las soluciones a problemas-- de obligaciones de actos de estado civil, etc.

La solución propuesta no excluye la incorporación de normas generales para aquellos casos en que el Estado -- juzgue útil, conveniente, justo o necesario, incertar en su legislación una ley extraña que regule en forma tal vez distinta de su propia ley, la actividad humana realizada en su propio territorio. Tal es el caso por ejemplo, de regula-- ción de actos que las partes realicen buscando la produc- - ción de efectos de Derecho en el extranjero.

En cambio se incluye la incorporación de la norma concreta o individual, formada por una actividad no sujeta-- al normativismo jurídico de un Estado, en razón de su territorialidad, pero que por razones también de utilidad, de -- conveniencia, de justicia o de necesidad, deba ser conside-- rada en ese orden normativo como antecedente o presupuesto - de otra norma, o como condición de actividad del Estado.

La determinación de cuando la norma jurídica que-- ordena la aplicación de una ley extraña debe entenderse re-- ferida a la norma abstracta y cuando a la norma individual-- o concreta, no es ni puede ser un problema de exegética, si

no de teoría general, en tanto que aquellas normas de aplicación que se refieren a leyes extrañas para apreciar actos ejecutados fuera del territorio del orden incorporante.

Es decir, no pueden referirse a normas abstractas, pues como hemos visto tal referencia nos lleva a una solución sin sentido lógico y contraria a los más esenciales ca racteres del Derecho.

Por lo contrario, cuando la norma de Derecho Internacional Privado reclama la aplicación de una norma extraña para regular una actividad humana que tiene como lugar de acción el territorio de vigencia del sistema jurídico incorporante, la norma señalada será necesariamente la norma abstracta.

No es nuestro Objeto agotar los problemas de la teoría general del Derecho Internacional Privado, que nos llevaría necesariamente al conocimiento de la norma de incorporación.

Miaja de la Muela, dice que: "Dionisio Anzilotti realizó una revisión de los postulados de Mancini; y que -- conforme al criterio de él, cada legislador pretende la solución de los problemas conflictuales desde el punto de vis ta de su orden interno, al igual que cada jurista propone soluciones desde el punto de vista de su propia razón."(111)

(111).- Arellano García, Carlos, Derecho Internacional Privado, quinta edición, Edit. Porrúa, S.A., México, - - 1981, pág. 585.

Anziloti, estima que: "el Derecho Internacional - Privado establece límites locales de la aplicación del Derecho Nacional y determina la norma extranjera aplicable cuando no le corresponda la aplicabilidad al derecho propio." - (112)

Roberto Ago, sigue a Anziloti en la idea de la incorporación del Derecho extranjero y realiza un desarrollo de dicha incorporación, diciendo que: "Si una norma conflictual interna ordena aplicar una norma de Derecho extranjero a un caso concreto, incorpora esta regla al Derecho propio.

Que el mecanismo de la incorporación del Derecho extranjero bifurca a los juristas italianos en dos tendencias opuestas: La tendencia de la incorporación material y la de la incorporación formal." (113)

Señalando que: "La incorporación material entraña la creación, en el Derecho nacional de una norma nueva de - contenido idéntico a la regla jurídica extranjera declarada aplicable por la norma de conflicto, y que:

En la incorporación forma, que es la de su postura, no se trata de una apropiación del contenido de la norma extranjera mediante la creación de otra idéntica, sino - de la inserción de la norma extranjera en el ordenamiento material del Estado.

(112).- Ibidem.

(113).- Ibidem, págs. 592 y 593.

Esto en virtud de así disponerlo la norma de conflicto, con la significación y el valor que corresponde a la norma importada conforme al orden jurídico de donde proviene." (114)

Arellano García, opina que: "La tesis de Ago, permite que el Derecho extranjero tenga obligatoriedad jurídica para el juez, y que es una tesis que justifica, por tanto, la aplicación de la norma extranjera jurídica.

Es decir, resuelve uno de los problemas del Derecho Internacional Privado como es el de fundamentar la obligatoriedad de la norma jurídica extranjera, pero no establece el sistema racional para, en el caso de conflicto de leyes, elegir la norma jurídica propia o la norma jurídica extranjera." (115)

Eduardo Trigueros, es un seguidor y un complementador de la doctrina italiana de la incorporación, afirmando: "La tesis de la incorporación presenta una posibilidad para la correcta solución del problema, cuando menos en uno de sus aspectos, al hacer posible que el Derecho extranjero venga a ser Derecho para el juez." (116)

Para entender mejor el punto de vista de Trigueros, nos permitimos transcribir la parte relativa de un artículo aparecido en la revista Jus en 1941.

(114).- Ibidem, pág. 593.

(115).- Ibidem, págs. 593 y 594.

(116).- Ibidem, pág. 594.

"Hemos visto como técnicamente es posible a un orden jurídico incorporar normas jurídicas que integran un sistema extraño.

En la tesis del Derecho, la posición de unos y otros es distinta sólo en el orden escalonado de la construcción jurídica, pero técnicamente son de una esencia jurídica igual y, por lo mismo si es posible en la técnica jurídica aceptar la incorporación de las normas jurídicas abstractas, también es posible aceptar la incorporación de la norma jurídica individual.

Luego, si el Estado puede técnicamente incorporar la norma abstracta dimanada del órgano legislativo de otro Estado puede igualmente incorporar la norma individual o concreta.

La dogmática del Derecho Internacional Privado ha llegado a demostrar que la incorporación de una norma cualquiera, no trae como consecuencia la incorporación de la norma antecedente, ya que esto vendría a suponer que por operación de la norma de incorporación todo el Derecho extraño, el Derecho Constitucional inclusive, viniera a incorporarse al Derecho de otro Estado, cosa que es de todo punto de vista lógica." (117)

Sobre las ideas del jurista Trigueros, Arellano -

(117).- (Ibidem, págs.594 y 595, Véase a Guillermo Gallardo Vázquez, El Pensamiento Jurídico de México en el Der.Int.Priv. edit. Purrúa,S.A. 1960, pág. 205;a Eduardo Trigueros, La Aplicación de Leyes Extrañas. El Problema Fundamental, Revista Jus, Méx.1941, - págs. 1 a la 50.

García señala:

"Justifica la incorporación de la norma concreta al lado de la incorporación de la norma abstracta.

Que la doctrina de la incorporación únicamente -- fundamenta la aplicación de la norma jurídica extranjera, - pero no orienta sobre^s la elección, en el conflicto de leyes, de la norma jurídica propia o de la norma jurídica extranjerra." (118)

c).- Orden Público.

El propósito es asignar a cada relación jurídica la norma de Derecho que debe regirla durante el transcurso de su evolución y alcanzar, por tanto, el axioma jurídico - según el cual toda relación debe ser regida y juzgada, no sólo en todas partes, sino también en todo momento, por la misma norma.

El resultado se obtendrá cuando haya norma material que corresponde a la región en la cual se desarrolla - enteramente la relación y que, por lo tanto, tenga vigencia regional.

Teóricamente dicha norma es distinta a la de todas y cada una de los Estados de la región pero hay la posibilidad de que la Norma regional se remita a una rama esta-

(118).- Ibidem, pág. 595.

tal y sea materialmente substituida por ella si se cumple - el axioma que nos preocupa.

Dicho de otra forma: Es posible que la norma de - un Estado cobre vigencia regional por reflejo de la norma - regional, siempre que se cumplan las exigencias de unidad y - permanencia que se expusieron.

Puede así ocurrir que los bienes raíces se rijan - en la región por la ley N del Estado de su ubicación: vemos un caso al respecto en que las normas estatales adquieren - vigencia extranacional, no como solución al conflicto de le yes, sino porque tal es el contenido de la norma regional.

La norma estatal N, desplegando el principio, se - rá la aplicación normal y excluye en todos los Estados com - prendidos en la región, incluso en el propio Estado de la - ubicación del bien, es natural, que contemplada desde el in - terior de ese Estado, dicha norma sea excluyente dentro de - sus fronteras y presenta, por tanto, el rasgo característi - co del Orden Público; y como en esa condición excluye, se - ha detenido la generalidad de los autores cuando debieron - calificar las leyes, no es extraño que esa y todas las de - la misma clase llaman el nombre de territoriales y se les - confunde habitualmente con los de Orden Público que también son territoriales.

La noción de territorialidad se presta al doble papel de presentar por turno una territorialidad permanente, normalmente acompañada por tanto, de efectos extraterritoriales, y una territorialidad exclusivamente excepcional -- que interviene para realizar los efectos normales extraterritoriales, de las leyes naturales territoriales, o naturalmente extraterritoriales.

Pero sólo a la última especie de territorialidad corresponde llamarla de Orden Público.

Alfonsín, Quintín, menciona que: "estamos convencidos de que esa distinción es fundamental para establecer el concepto del Orden Público, es decir, su verdadera esencia y naturaleza." (119)

Las normas territoriales, aún cuando conforme a esas ideas tienen reducida aplicación, no deben ingresar al grupo del Orden Público (o viceversa) porque entonces no podríamos discurrir sobre el carácter excepcional o general del instituto que estudiamos, ni sobre el límite de su vigencia, ni sobre los efectos que produce.

Es absolutamente indispensable precisar de antemano el concepto, para no correr el riesgo de dar términos difusos, si nos referimos indistintamente a las normas territoriales sin especificar su sentido, no sabremos de ellas,

(119).- Alfonsín, Quintín, Ob. Cit. pág. 226.

porque en ellas van unidas y mezcladas cosas antagónicas e inconciliables.

Las normas del Orden Público son estatales, circunscriben su vigencia al interior del Estado y están jurídicamente sometidas a las normas regionales.

En tanto que la norma estatal que rige a los bienes inmuebles y que hemos tomado como ejemplo, aplicándose en la región por Derecho regional y no por una pretendida extraterritorialidad del Derecho estatal. El Orden Público existe contenido en leyes estatales.

El Orden Público es un Derecho del Estado, es necesario que el Estado no sea quien dicte igualmente la norma jurídica en que funda ese Derecho, pues poseer el Derecho Subjetivo al Orden Público supone la preexistencia lógica de una norma exterior al Estado que contenga tal Derecho.

Sólo así tiene sentido jurídico el Derecho del Orden Público.

Las normas regionales resolverán todo conflicto que se produzca entre el Orden Público y las relaciones extranacionales, y se convertirá en una excepción jurídica a la aplicación del Derecho Internacional Privado, es decir,-

es una excepción reglada por las propias normas excluidas.

Por esa razón la excepción de Orden Público, si bien constituye un Derecho del Estado, también importa obligaciones consecuentes para el Estado, por de pronto, la obligación de los límites jurídicos.

Nos dice Quintín: "que el Orden Público es estatal por estar su vigencia limitada, jurídica y prácticamente, por la fronteras del Estado." (120)

Tradicionalmente el Orden Público ha sido territorial y la historia nos lo confirma, puesto que durante el período estatutario, todas las leyes que responden al concepto actual del Orden Público fijaron estrictamente territoriales.

Un ejemplo tenemos: Los Estatutos de Barto prohibitivos, los cuales de sus sucesores y algunas denominaciones reales. Sólo podían funcionar ante el juez del lugar en donde estaba la cosa y eran todas estrictamente territoriales, incluso los Holandeses del siglo XVII que acogían la teoría de los estatutos, estaban de acuerdo en que los estatutos eran solamente territoriales.

Savigny, nos dice: "que para afirmar que el Derecho estricto de la soberanía podría, sin duda ordenar a to-

dos los jueces de un país que aplicaran siempre la ley nacional sin tomar en cuenta las disposiciones contrarias de algún Derecho extranjero con cuyo dominio la relación de Derecho litigioso pudiera encontrarse en contacto.

Se apoya Savigny en el dicho de Huber Story, y expone, más adelante, que cada Estado debe aceptar sobre su territorio la aplicación de una ley extranjera toda vez que una relación de Derecho esté en razón de su naturaleza sometida a esa ley y cabe decir, que el Derecho absoluto de Estado se ha convertido en un deber jurídico.

Dice el autor, que hay en cierto número de leyes que son absolutamente obligatorias, y debido a su fuerza imperativa particularmente enérgica, no pueden tolerar la aplicación de leyes extranjeras sobre el territorio cualquiera que sea su naturaleza de la relación del derecho litigioso.

Refiriéndonos a las materias regidas por tales leyes, se descarta la especie de ficción que refería la relación jurídica a la soberanía de un Estado extranjero, se descarta, y el Derecho estricto (que es territorial) o sea la autoridad absoluta de la lex fori (que es territorial) vuelve a adquirir su imperio." (121)

Alfonsín, dice: "Que el Orden Público está siempre

(21).- Savigny, Ob. Cit., pág. 266.

formando parte de la *lex fori* que es estatal, al aplicarse - siempre se debe buscar en ley del Estado en donde se encuentra evidentemente detenida la relación jurídica extranacional.

La relación extranacional puede ser detenida en su transcurso en el interior de un Estado, porque contrario con su Derecho, los fundamentos específicos de ese Estado, es la *Lex Fori* la ley del Estado donde se ha destinado la relación, la que debe aplicar su función restrictiva, en tanto corresponde por Derecho.

La *lex fori* no es la ley del Estado, por donde transita libre y normalmente la relación extranacional; sino la ley del foro, del lugar del juicio o del Estado actuante -- que interviene en la relación jurídica.

El Orden Público en su contenido forma parte de la *lex fori*, y funciona sólo cuando el Estado interviene -- real y efectivamente en la relación extranacional." (122)

La doctrina ha señalado la relación que existe entre la *lex fori* y el Orden Público y ha usado dicho término concomitantemente, lo que es atinado puesto que la parte de la *lex fori* que afecta al Derecho Privado Internacional es la que comprende el Orden Público, no admite la distinción entre la ley territorial (en lo teórico) y la *lex fori* (en-

lo práctico).

El Orden Público, cada vez que funciona lo hace por obra del Estado y mediante la *lex fori* que interviene prácticamente defendiendo el Orden Público estatal.

Nos expone Alfonsín, que: "El Orden Público se funda en la necesidad del Estado y que existe para protegerlo frente al Derecho exterior, entonces, el Orden Público debe surgir exclusivamente de la ley (o de la voluntad) del Estado y debe contener de ella sus caracteres, su extensión y su validez." (123)

Se pregunta Alfonsín: "¿El Orden Público es relativo al Derecho Privado Internacional preexistente? El Orden Público, como término o como un fenómeno, está condicionado en su existencia, en su contenido y en sus caracteres principales por el Derecho Privado Internacional." (124)

El Derecho Privado Internacional debe ser anterior por participar de un Orden Público supraordenado en relación al estatal, mientras que el Orden Público, debe estar participando del orden subordinado, debe ser posterior puesto que su validez depende de una norma preexistente.

El Orden Público sólo existe en la medida de su necesidad: si no existe Derecho Privado Internacional no -

(123).- Ibidem.

(124).- Ibidem, pág. 251.

no habrá Orden Público porque no tendrá objeto: pero ni un Derecho exterior intentará intervenir en el Estado, por medio de un Derecho regional, el Estado reaccionará mediante el Orden Público.

La preexistencia del Orden Público, implica que, - el Orden Público debe conocer el Derecho Privado Internacional para amoldar a él su reacción, el Estado no puede tener un Orden Público.

Cuando se dice que el Orden Público es relativo - al Derecho Privado Internacional, el Orden Público interviene frente al Derecho Privado de cada Estado y frente al Derecho Privado Internacional.

Ante lo anteriormente expuesto, puede hablarse de un Orden Público Interno y de un Orden Público Internacional, el primero obra en función del Derecho interno y se -- opone a las relaciones jurídicas nacionales y el segundo -- obra en función del Derecho Privado Internacional, se opone a las relaciones jurídicas extranacionales.

Niboyet, nos habla: "del orden público y se apoya en los comentarios que hace Pillet" (125), sobre esta materia, dice Pillet que: "las leyes de Orden Público son, -- precisamente, las leyes que deben ser generales para que no dejen de cumplir su objeto social." (126).

(125).- Niboyet, Jean Paulín, Principios de Derecho Internacional Privado, Segunda Ed. Edit. Madrid, 1965, pág. 382.

(126).- Pillet, Ob. Cit. por Niboyet, pág. 384.

Afirma el autor, que: "no existen leyes generales, de una parte, y leyes de Orden Público de otra; ambas son - la misma cosa. Cuando una ley es de Orden Público, es que tiene que ser general.

Cuando recurre a la noción de Orden Público, el - objeto a realizar por la ley exige su generalidad; y si mediante esta se realiza dicho objeto, la competencia de esta ley será perfectamente normal. La ley de Orden Público no es solamente la ley competente sino la única ley competente" (127) y pone como ejemplo: "Si vemos la ley italiana - que prohíbe el divorcio, ¿porqué lo prohíbe?, porque su objeto consiste, en restaurar la integridad de un cierto patrimonio familiar, por lo que podemos ver que se trata de - una ley general y no hay que contradecirla." (128)

El juez italiano aplica una ley que es la ley normalmente competente. Asienta Pillet: "que no se puede concebir que se aplique otra ley en esta materia. Existe una coincidencia entre la idea de Orden Público y la generalidad de la ley, y carácter normal absolutamente de la competencia." (129)

Estas son las características de la doctrina de - Pillet.

Niboyet, hace la siguiente crítica a Pillet di -

(127).- Ibidem.

(128).- Ibidem.

(129).- Ibidem.

ciendo que: "el Orden Público es una cosa superflua. Si -- las leyes de Orden Público se confunden con las leyes generales, cabe decir que toda ley territorial es a la vez general y de Orden Público.

De modo que, por ser una ley que a dos se aplica, cuando toda igualdad desaparece la presunción desaparecerá con sus dos consecuencias; ya que no habrá Derecho de gentes ni regla de solución de conflicto de leyes." (130)

De acuerdo con esta tesis, para que las leyes de un país extranjero puedan aplicarse, es necesario dos condiciones: que estos Estados tengan las mismas reglas de Derecho de gentes, y que exista una cierta comunidad en cuanto a sus reglas de conflicto de leyes.

Solamente cuando estas condiciones se presentan es cuando el Derecho Internacional Privado podrá funcionar normalmente.

Ambas condiciones son principales y en caso de -- faltar alguna de ellas, su funcionamiento se detiene. La noción de Orden Público a la que frecuentemente hay que recurrir para proteger la mala aplicación de las leyes extranjeras, es aquella que se presenta cuando, entre países de comunidad jurídica casi equivalente, ciertas instituciones son incompatibles entre sí.

(130).- Niboyet, Ob. Cit.

Niboyet, nos expone su doctrina en lo tocante al--
Orden Público y describe lo siguiente: "para que se aplique
una ley extranjera es preciso que entre los países exista, -
no de manera general, sino sobre cada punto en cuestión (di-
vorcio, pensión alimenticia, reclamada por el hijo adulteri-
no, etc.), un mínimo de equivalencia de legislaciones.

Si se va más abajo de ese mínimo, ocurrirá la fal-
ta de interpretación jurídica. Ejemplo: Un belga solicita -
el divorcio en Francia, no hay razón para negárselo, ya que-
los franceses tienen la misma opinión de los belgas en lo --
que se refiere al matrimonio y su disolución.

Pero si el divorcio se solicita en Italia, el caso
es ya distinto, puesto que el matrimonio en dicho país tiene
una base confesional mientras que en Francia está fundado so-
bre idea de orden puramente civil. No en favor de nuestros-
principios que exigiesen la aplicación de la ley extranjera,
no viene a ser otra cosa que una excepción, que deberá limi-
tarse lo más posible y que esté acorde con la finalidad que-
se pretende conseguir." (131)

Nos cita un ejemplo Savigny y expone: "Un indivi-
duo pertenece a un país donde pueden contraerse varios matri-
monios sin que ninguno de ellos haya sido disuelto.

Este individuo, no podrá casarse por segunda vez-

(131).- Ibidem.

en un país de régimen monogámico, puesto que sería contrario a las concepciones del país donde pretende volverse a casar, no se puede autorizar.

Existe aquí un defecto de la comunidad jurídica - entre las leyes en conflicto.

Bartín, nos expresa que: "Las relaciones jurídicas entre Estados suponen la existencia de un cierto número de aspectos comunes, una comunidad de Derechos, consecuencia de un grado de civilización, que entre un país de civilización adelantada y otro de civilización rudimentaria, no puede existir comunidad de Derechos y esto viene a ser el punto de partida de todo el Derecho Internacional.

De la comunidad brotan dos ramas: una del Derecho de Gentes y la otra el Derecho Internacional Privado. - Por tener ciertos países el mismo grado de cultura y civilización, es por lo que se observan en sus respectivas reglas el Derecho de Gentes y por tener un igual grado de civilización, es por lo que pueden aplicar sus leyes respectivas; - esta es la segunda rama del Derecho Internacional Privado."
(133)

La noción de Orden Público es bastante inestable para que se le pueda identificar con la ley general.

(133).- Bartín, Etudes de Droit International Privé, págs.- 189 a 284, citado por Niboyet, pág. 387.

Es preciso en Derecho Internacional Privado, re--
servar un amplio margen a la noción de Orden Público, por--
que únicamente esta noción es la que puede conducir a solu--
ciones que sin ella no podría obtenerse.

Ante esta situación en la que se quiera aplicar -
una ley extranjera hay que recurrir a una medida de defensa,
a una medida de defensa social, a un remedio; y este reme--
dio no es otra cosa que la noción de Orden Público, el cual
evitará el perjuicio que su exclusión podría ocasionar, - -
habrá un obstáculo ante la ley extranjera y de esta forma -
se evitará el aplicarla.

Para Pillet, la ley local es: "una ley de compe--
tencia normal." (134)

Niboyet, cree por el contrario: "que convendría -
adoptar el punto de vista opuesto." (135).

En la ley extranjera lo que es aplicable, se neu--
traliza su acción en la medida necesaria para impedir el --
mal social.

Savigny, nos hace también una exposición bastante
profunda sobre el tema del Orden Público y nos dice que: --
"ciertas leyes por su naturaleza especial, no admiten la in--
dependencia de la comunidad de Derechos entre diversos Esta--

(134).- Pillet, citado por Niboyet, pág. 384.

(135).- Niboyet, Ob. Cit. pág. 383.

dos.

Ante la situación de estas leyes, el juez aplicará, únicamente el Derecho nacional o sea su propia ley, aún cuando nuestros principios exigen la aplicación del Derecho Extranjero." (136)

En lo expuesto se advierte que el Orden Público - es un remedio contra la aplicación de la ley extranjera y - este remedio (aún cuando cansa, pues el mínimo de equivalencia jurídica, necesaria para poder pasar de una legislación, con el fin de evitar la aplicación de la ley extranjera, -- hay que recurrir a la noción del Orden Público, pues al --- aplicar dicha ley quebrantaría el ordel del país donde se - le invoca.

El efecto perseguido al aplicar las leyes extranjeras es dar a cada ley el alcance que le corresponde según su objeto social.

En Italia en donde no se quiere el divorcio, la - aplicación de una ley extranjera que lo admita, implicará - el sacrificio de la ley italiana acerca de la indisolubilidad del matrimonio.

Hay que preguntarse, dice Trigueros: "qué es el - Orden Público, que de momento no se encuentra una respuesta

(136).- Savigny, loc. cit.

satisfactoria". (137)

Kelsen, afirma: "que este concepto es una calabaza vacía, en donde cabe todo y donde cada uno deposita el concepto que tiene referente al Orden Público." (138)

La tesis finalista parte de la razón de ser del Estado y la razón de ser del Derecho, como medios técnicos-estructurados para la obtención de los fines que cada Estado busque siempre dentro de su propio orden jurídico.

Se llega así a la definición de Orden Público: El conjunto de normas que garantiza la realización de los fines del Estado, o bien aquellas disposiciones que tienden a la realización del bien común.

Trigueros, afirma: "que si una norma incorporada en contra de la norma primaria, o sea que, si no se coloca en forma de formar cadena no puede incorporarse. Si la norma incorporada no tiene su fundamento en una norma superior va en contra del Orden Público, no se puede incorporar." (139)

En el caso anterior la norma no se incorpora, porque esa norma si se incorporara, modificaría el sistema incorporante. Pero en caso de que esa norma extraña en verdad no modifique el Derecho que incorpora, sino que lo adi-

(137).- Trigueros, Eduardo, La aplicación de Leyes Extrañas, - edit. Jus México, 1940, pág. 150 y sigs.

(138).- Kelsen, Ob. Cit. pág. 89.

(139).- Victor González González, La Doctrina de Trigueros y el Derecho Internacional Privado, Tesis Profesional, 1968, págs. 118-119.

cione o complemento, de este modo sí se incertará la norma extraña, pero con sus efectos restringidos.

Se restringen los efectos de la norma extraña hasta donde se adicione el Orden Jurídico que incorpora, en caso de que sus efectos traten de ir más allá de su cumplimiento y llegasen a modificar al sistema que incorporan, se convertiría la norma extraña en ineficaz porque contraviene al Orden Público.

En México hay un predominio del sistema territorialista. Es decir, tiene reducida aplicación la norma jurídica extranjera. Consecuentemente, el Orden Público como remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente por ser perjudicial su aplicación para la colectividad, no requiere ser invocada.

Cuando la competencia se surte a favor de la ley nacional en un sistema eminentemente territorialista se reduce la invocación del Orden Público sólo a los casos de excepción en los que tiene cabida la aplicación de la ley extranjera.

Arellano García, expone en función al Orden Público que: --
"El Orden Público remedio como lo hemos concebido en Derecho Internacional Privado no está provisto adecuadamente en la legislación mexicana. Por tanto, si se presentara un caso en que la ley extranjera es competente y la aplicación de ésta es perjudicial para el conglomerado mexicano, se estará en presencia de una laguna legal que el juez deberá resolver.

Es decir, que el juez está obligado a resolver como lo determina el artículo 18 del Código Civil (el silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autoriza a los jueces o tribunales dejar de resolver una controversia).

Por tanto, el Orden Público remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, está en manos del juez en México y no hay disposición orientadora similar al artículo 30 de la ley de Introducción al Código Alemán." (140)

Continúa diciendo este jurista que: "ante la laguna legal, como lo dispone la parte final del artículo 19 del Código Civil, las controversias se resolverán conforme a los principios generales del Derecho.

En cuanto al Orden Público en México, cabe mencionar una disposición que lo regula, inmersa en la Ley de Navegación y Comercio Marítimo, según reforma publicada en el Diario Oficial del 22 de diciembre de 1975, y que establece: "Son inaplicables en México, todas las disposiciones de las legislaciones extranjeras que contravengan al Orden Público, tal cual sea calificado en México, artículo tercero, quinto párrafo." (141)

d).- Calificación.

La calificación es la determinación de la naturaleza jurídica de una institución. Este problema afecta todo el ordenamiento jurídico

(140).- Carlos Arellano García, Ob. Cit. págs. 698-700.

(141).- Ibidem, pág. 700-702.

co, no solamente en lo que toca al Derecho Internacional -- Privado.

Si se va incorporar a nuestro sistema de Derecho una norma general o una norma concreta, se debe precisar -- con antelación qué naturaleza jurídica poseen una o la -- otra, y así calificada poder incorporarala a nuestro orden-jurídico nacional para que se efectúe la cumplimentación -- normativa de nuestro sistema jurídico y cumpla con su función o sea, el cumplimiento de nuestro Derecho.

Se plantea el siguiente problema: ¿Deberá hacerse la calificación de acuerdo con el sistema extraño o con el Derecho del juez que incorpora? a lo que Trigueros dice: "que la calificación debe hacerse de acuerdo con la Lex -- fori, o sea, en concordancia con la ley del juez que conoce del asunto.

Si la calificación se hace conforma a las nor-- mas extranjeras se caerá dentro de una petición o princi-- pio, es decir, para aplicar la norma extranjera, se supone que ya ha operado la norma de vinculación, de lo contrario no podría aplicarse la norma extranjera" (142)

Caicedo Castilla, dice que: "el sistema predomi-- nante es la de la Lex Fori, por las siguientes razones:

1).- La calificación de la relación jurídica --

(142).-Trigueros, citado por González González, Tesis profesional Derecho Internacional Privado, México, 1966,- pág. 111.

forma parte del Derecho Internacional Privado de cada país.

Las normas sobre conflicto de leyes tienen valor porque el Derecho Positivo de ese país, los ha aceptado y - es por eso que obligan al juez cualquiera que sea su fundamento jurídico o filosófico.

Si se derivan de aquellas normas del poder soberano del Estado debe dejarse a este el determinar hasta donde restringe su propia legislación para admitir la extranjera, o sea, si puede hacer el Derecho Internacional Privado, también debe tener facultad para determinar para quien hace ese sistema de Derecho Internacional, cuyo contenido no puede ser fijado sino por la legislación del juez.

2).- Es posible aplicar una ley distinta de la - del juez para determinar o decidir el problema de las calificaciones, porque sino se procede así, se cae en un círculo vicioso" (143).

Trigueros, nos sigue hablando de la calificación, diciendo que: "cuando se incorpora una ley a un sistema propio, no se trae al sistema propio todo el Derecho extranjero, se trata simplemente de completar el sistema propio, pero el Derecho propio sigue rigiendo y ese régimen requiere una imposición sobre el régimen del país, cuya norma se va a aplicar". (144).

(143).- Caicedo Castilla, citado por González González, -- pág. 112.

(144).- Trigueros, loc. cit.

Todos los países en general poseen sus propias - normas jurídicas para la solución de conflictos de leyes, y también poseen sus propias calificaciones.

Es natural y lógico que cuando se presenta un -- problema de calificación, cada Estado debería tomar en cuenta únicamente la calificación dada por el juez que conoce - del asunto.

Niboyet, hace una explicación bastante amplia de lo que es la calificación, considerando este autor que: "la calificación no es otra cosa que la naturaleza jurídica de una institución, que para la aplicación de una regla de Derecho Internacional, por lo que necesariamente debe suponerse, la determinación previa de la naturaleza jurídica de la relación de Derecho de que se trate, o sea que ya haya sido calificada la relación jurídica de que se trate". (145).

Casi en todos los Estados existe una uniformidad en cuanto a las reglas de conflicto de leyes y en cuanto a la ley aplicable.

Pero no con esto se resuelve el problema de la - calificación, no es suficiente con que haya un acuerdo y -- sea sometido a la forma de los actos a una misma ley y la - capacidad a otra, sino que, es necesario precisar lo que debe enterderse por forma y capacidad.

(145).- Niboyet, Obra cit. pág. 344.

Existen países que incluyen en la forma lo que - otros países incluyen en la capacidad, esto ocurre, con las relaciones entre el grupo de leyes que incluyen en la forma extrínseca de los actos a ciertas reglas referentes a la -- forma de testamentos ológrafos, y al otro grupo de leyes -- que coloca a estos testamentos entre las reglas de capaci-- dad.

Existe aquí un conflicto de calificación o sea - un conflicto acerca de la naturaleza de la institución.

Plantea este conflicto una cuestión previa, pues to que mientras no se estatuya acerca del mismo, no será po sible solucionar el conflicto de leyes. Por el contrario, - se corre el riesgo de encerrarse en un círculo vicioso.

Para que se pueda tener Derecho a aplicar la ley del acto, es preciso encontrarnos ante la materia de forma:

Se tiene que encontrar necesariamente, ante mate_ ria de capacidad de las personas, para poder aplicarse la - ley nacional.

Llegamos aquí a lo que llama Niboyet "a una bi-- furcación, en donde el intérprete del Derecho, ante una --- institución, ha de elegir una u otra dirección, y la ley -- aplicable será la consecuencia" (146).

Ejemplo que nos presenta este autor diciendo - - que: "dos extranjeros desean contraer matrimonio en Francia, pero el matrimonio está sometido a la ley extranjera - en cuanto al fondo, y a la ley francesa en cuanto a la forma.

Haciendo una suposición de que la ley extranjera prohíbe absolutamente el matrimonio civil, esta prohibición viene a ser una regla de fondo, habrá que aplicar la ley extranjera, y si acaso, es una regla de forma, la ley aplicable será la francesa, por lo que es necesario calificar las reglas de celebración del matrimonio y determinar su exacta naturaleza sin esto, no se puede saber a qué ley se someterá el matrimonio" (147).

Veremos ahora la manera de determinar la calificación, primero según el Derecho Común y después conforme a los Tratados.

Niboyet, nos dice que: "la ley competente para fijar la calificación es la *lex fori*, la cual debe ser consultada para poder resolver el problema de la calificación.

Hay la necesidad de consultar de hecho la *lex fori*, de lo contrario no se llegaría a solución alguna. --- Veamos como ejemplo: El testamento de los súbditos holandeses.

Las leyes francesas y holandesas dicen la misma cosa, para la forma de los actos se aplicará la ley del lugar donde se celebran; y para lo referente a la capacidad, la ley nacional del incapaz.

La calificación es la condición misma de la determinación de la ley extranjera, corresponde determinar las reglas de Derecho Internacional Privado al poder soberano de cada país dentro de los límites de éste.

Exclusivamente este es quien puede fijar las condiciones a que ha de sujetarse la aplicación de estas reglas, la calificación viene a ser una parte integrante del sistema de Derecho Internacional Privado de cada país" (148).

Desde el punto de vista doctrinal nos dice Niboyet: "es perfectamente legítimo que el juez no pueda nunca consultar más que la *lex fori* para las reglas de solución de conflictos" (149)

Para resolver un conflicto de leyes es necesario hacer dos operaciones: Primero, dar una definición para después, hacer una calificación: el fin de la calificación consiste sólo en encontrar la ley competente, si se sigue una ley que no sea la *lex fori*, no se podrá encontrar la calificación de la ley y caeremos en la remisión".

(148).- Ibidem, pág. 147.

(149).- Niboyet, Ob.Cit., pág 344.

(150).

Froland nos dice lo siguiente: "Tomemos como -- ejemplo un país donde la sucesión se somete a la ley nacional del individuo, por considerar que la sucesión concierne a la familia.

Si se acepta la remisión hecha por la ley de un país como los Estados Unidos, se acepta, en realidad la calificación americana, si las sucesiones en Estados Unidos -- están sometidas a la ley de la situación, es porque allí se considera que interesa al régimen territorial.

La admisión de la remisión de la ley americana -- a otra ley distinta, implica la calificación.

Estos dos problemas están relacionados necesa--- riamente.

Cuando una ley extranjera resuelve un conflicto de leyes en forma distinta a como ha sido resuelto en nuestro país, es porque la institución ha sido calificada por -- dicha ley de una manera diferente a como nosotros la hemos calificado" (151).

El Derecho Internacional somete la capacidad a -- la ley del domicilio, porque la capacidad no es, en modo -- alguno, una institución de protección, ejercida por un --

(150).- Ibidem, pág. 150.

(151).- Froland, Et les conflicts de qualificatio Rev. -- Diritto Internazionale Privatto. 1926, págs. 1 y -- sigs. citado por Niboyet, pág. 353.

país sobre sus nacionales, sino comprensiva de las reglas - que determinan la aptitud para realizar actos jurídicos.

Hay aquí un conflicto de calificaciones, en la - base misma del problema de Derecho Internacional, el problema de la remisión, se encuentra ante todo, el problema que, de una manera subrepticia, se ha desligado allí y que viene a ser causa de todas las dificultades el problema de las calificaciones.

El vínculo entre la calificación y la remisión - demuestra hasta que punto la idea de soberanía tiene aquí - importancia, teniendo en cuenta esto, la única soberanía -- que puede intervenir es la de cada país.

El sistema que hay que adoptar es el de la competencia de la *lex fori*, no sólo por una necesidad del hecho - sino también por una razón doctrinal, porque las calificaciones son parte integrante del sistema de los conflictos - de leyes.

Los conflictos de calificación son, más importantes que los conflictos de leyes mismas, puesto que cada vez se tiende a establecer, entre los diversos Estados, una - - cierta armonía en la solución de los diversos conflictos -- que ha de conducirnos a una mayor uniformidad en la práctica.

Frankenstein, con la siguiente exposición dice: "que cuando surge un conflicto de calificación entre la ley nacional de un individuo y la ley de la situación de los -- bienes, es preciso darle solución, pero no de acuerdo con -- la lex fori, sino con arreglo a la ley de las situaciones -- de los bienes, la lex rei sitae, o sea la que tiene el poder efectivo sobre dichos bienes" (152).

Para Bartin, como la mayor parte de los juristas, dice que "la lex rei sitae de los bienes es la que debe fijar la calificación cualquiera que sea la solución que se adopte si la cosa está en un mismo país, siendo por lo -- tanto, mucho más sencillo para conocer su naturaleza someterla a la ley del país donde se encuentra.

Existe un acuerdo sobre una ley común, pero se -- olvida una cosa que es fundamental: es decir a qué aspectos se aplicará esta ley común, en virtud de que no todos los -- países tienen la misma concepción acerca del estado de las -- personas" (153).

Un Tratado debe comprender dos aspectos de re---glas: una regla que solucione los conflictos de leyes y la otra la calificación que sea necesaria para aplicar las reglas.

Uno de los Tratados en que se contienen algunas-

(152).- Frankenstein, citado por Niboyet, Pág. 359.

(153).- Bartin, loc. cit., citado por Niboyet, pág. 3568.

disposiciones acerca de la calificación es el que concertaron Alemania y los Soviéticos el 12 de octubre de 1925, se ha ocupado de fijar algunas calificaciones acerca de la sucesión, las que evitaron dentro de sus límites, toda clase de dudas acerca de la calificación de los bienes en muebles e inmuebles.

Pereznieto Castro, plantea su exposición diciendo que: "puede decirse que existen tres tipos de calificación, dos de las cuales pueden considerarse como tradicionales:

La calificación *Lex Fori*, este tipo, fue planteado por primera vez por Kahn en 1891 y más tarde por Bartin en 1897, consistiendo en que: Para interpretar los conceptos establecidos por la norma de conflicto, hay que recurrir al Derecho interno.

La calificación *Lex Causae*, iniciada en Francia por Despagnet en 1909, en Alemania por Wolff en 1933 y en Italia por Pacchioni en 1935 y consiste en que la calificación debe ser hecha con base en la norma jurídica extranjera designada incluyendo sus propios conceptos o categorías.

La tercera de manera diferente a los propósitos de las calificaciones *Lex fori* y *Lex causae*, a partir de 1933 el jurista Alemán Ernest Rabel propuso un nuevo proce-

der; es decir, el método comparativo, con lo que dió nacimiento de la llamada tercera escuela.

Considerándose que las normas sustantivas de todo sistema jurídico nacional tienen un objeto definido (regular conductas en el ámbito interno); en cambio, en las normas de conflicto el fin es distinto y para lograrlo, la norma conflictual debe elaborarse de tal manera que prevea la aplicación de cualquier Derecho ya sea Nacional o extranjero" (154).

Arellano García, expone que: "En el Derecho Mexicano vigente tenemos normas jurídicas de Derecho Internacional, contenidas en los tratados internacionales, que realizan una tarea calificadora. Es decir, determinan el significado y alcance de expresiones utilizadas en los propios tratados.

Por otra parte, es oportuno comentar que, la mejor manera de asegurar el buen cumplimiento de los tratados internacionales es darle una adecuada calificación a las expresiones utilizadas en los tratados para evitar que la calificación del alcance y significados de los vocablos se sujeten a la interpretación interna de los Estados.

Pero no debemos confundir entre calificación propiamente dicha, con los conflictos de calificaciones.

(154).- Pereznieto Castro, Leonel, Derecho Internacional Privado, Edit. Colección de Textos Jurídicos Universitarios, Mexico, 1981, págs. 225,226,227 y 228.

La calificación propiamente dicha se produce cuando se determina el alcance y significado de una expresión legal o de una figura jurídica.

En cambio, los conflictos de calificación se producen cuando una sola situación de hecho es catalogada por las normas jurídicas o por los juzgados de dos Estados distintos, como pertenecientes a figuras jurídicas distintas.

Si esto es así, en el Derecho Internacional Privado mexicano no encontramos ninguna disposición que prevea la manera de resolver los conflictos de calificación y en tal situación estamos ante una laguna legal en la que, el juez deberá realizar una tarea integradora en la que la norma que resuelva el conflicto de calificación deberá estar apegada a los principios generales del Derecho". (155)

CAPITULO III.- EL PRINCIPIO GENERAL DE LA
RETROACTIVIDAD DE LA NORMA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

- a).- Planteamiento del problema.
- b).- Diversas doctrinas de acuerdo con la posición sobre la naturaleza del Derecho Internacional Privado.
- c).- Negación de la posibilidad de la retroactividad de la norma de Derecho Internacional Privado.

III.- EL PRINCIPIO GENERAL DE LA RETROACTIVIDAD DE LA
NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

a).- Planteamiento del problema.

Nos proponemos descentrañar en este capítulo si-
existe la posibilidad de aplicar en forma retroactiva la --
norma de Derecho Internacional Privado, concretamente aque-
lla norma que trata de resolver un conflicto de leyes.

Siendo esto bastante difícil saber cuando y en -
que momento una norma se aplica retroactivamente, a un caso
concreto.

Aunque el problema de la retroactividad pertene-
ce a todo el Derecho, de tal forma que ha sido elevada a --
rango de Garantía Constitucional la prohibición de aplicar-
la ley en forma retroactiva cuando sea en perjuicio de algu
no de los gobernados.

Asimismo sabemos que también este problema ha si
do profundamente estudiado por los Civilistas, sin embargo,-
lo que a nosotros interesa y atañe es determinar el punto -
de cruce del Derecho transitorio con el Derecho Internacio-
nal Privado.

Es decir, determinar cuál es el criterio que po-
demos seguir cuando en un caso concreto coexisten o coinci-

den el conflicto de leyes en el tiempo y el conflicto de leyes en el espacio.

b).- Negación de la posibilidad de la retroactividad de la norma de Derecho Internacional-Privado.

El estudio de los caracteres de las reglas conflictuales quedaría incompleto de no dedicar alguna atención al ámbito temporal de su eficacia.

Es decir, que en cuanto estas normas formen parte de la legislación de cada Estado, no cabe duda de que -- les son aplicables los preceptos del respectivo ordenamiento en cuanto a su entrada en vigor, promulgación y derogación.

Lo único que puede dar motivo a dudas es si las reglas de conflicto poseen o no efecto retroactivo.

La interrogante aparece planteada siempre que -- una norma jurídica es sustituida por otra dentro del ordenamiento a que pertenece.

El problema consisiera por lo tanto, en determinar si la regla nueva será aplicable dentro de su esfera territorial de validez a todos los supuestos que se presenten, -- o si la norma derogada conserva vigencia en cuanto a hechos

y relaciones que se produjeron antes de su derogación.

En Derecho Internacional Privado, la sustitución de una regla de conflicto por otra da lugar a la misma cuestión.

Miaja de la Muela, dice que: "En la mayor parte de los Estados Alemanes regía para el estado y capacidad de las personas la ley de su domicilio, hasta que la ley de Introducción al Código Civil adoptó el criterio de la nacionalidad en su Artículo 7o." (156).

¿Resultarían automáticamente afectados por esta disposición los prusianos, por ejemplo, que tuvieran su domicilio en España?

La solución debería buscarse no cabe duda en las disposiciones transitorias de la ley de Introducción que -- contiene el nuevo sistema conflictual alemán, pero si tales disposiciones no existen habrá que resolverlo con arreglo a un criterio analógico deducido del sistema de solución de -- conflictos intertemporales vigente en el Derecho Material -- del país del que se trate.

Este sistema en todos los ordenamientos jurídicos está integrado por una regla general de irretroactividad y de unas excepciones expresas a ese principio, que an-

(156).- Miaja de la Muela, Adolfo, Ob. Cit., pág. 362.

te la ausencia de estas excepciones, las normas estatales - de Derecho Internacional Privado deben ser retroactivas.

Radica la dificultad únicamente en precisar el - alcance de esta irretroactividad, por lo que, la norma de - Derecho Internacional Privado opera unas veces sobre el momento de constitución de una relación jurídica y otras acerca de la validez de Derechos adquiridos, o como dice Niboyet, "de la eficacia internacional de los derechos definitivamente creados" (157).

En primer lugar, no debemos hablar de retroactividad o irretroactividad; quienes hayan pretendido realizar el negocio jurídico de que se trate habrán de tener la capacidad requerida por la ley material que a este efecto indique la norma de conflicto actual, y someterse este, al fondo y a la forma del acto o ley que designe esta regla de -- conflicto.

Puede hacerse una excepción respecto a la capacidad en el supuesto de una persona capaz, según la antigua norma de conflicto o incapaz según la nueva.

Miaja de la Muela nos proporciona un ejemplo: -- "Un español de veintidos años, domiciliado en Alemania en - 1900, al entrar en vigencia la actual norma de conflicto;-- según ésta, sería plenamente capaz a los veintitres años,--

(157).- Niboyet, cit. por Miaja de la Muela, Ob.Cit. pág. 363.

mayoría de edad española hasta la reforma de 1943, mientras que viendo al otro criterio domiciliario vigente anteriormente, ya lo era desde que cumplió los veintiun años (158).

La excepción queda justificada dentro de la aplicación analógica del Derecho Transitorio propio de las normas materiales de la legislación alemana.

Si la nueva norma conflictual afecta a Derechos adquiridos, las disposiciones transitorias ordinarias de cada legislación habrán de bastar para una solución clara, -- que en la mayor parte de los casos aparecerá presidida por el principio de irretroactividad.

En materia interna las excepciones a este principio pueden ir acompañadas de una proyección internacional, pero en el presente caso basta únicamente aplicar la noción de Orden Público para poder descartar la aplicación de la ley extranjera que aparecería competente, sin hacer aplicación de la retroactividad de la norma de conflicto.

Yanguas, nos pone el siguiente ejemplo: "un cónyuge francés, cuyo matrimonio sería, según éste Código, por su ley nacional, que hubiese entablado demanda de divorcio en 1934 ante un juez español.

La demanda en ese tiempo era admisible, puesto -

que regía la ley de divorcio vincular. Si en la actualidad se presentase esta demanda sería rechazada de plano, aunque el matrimonio se hubiese celebrado en una época en que la ley española autorizaba la ruptura del vínculo" (159).

Dice Yanguas que: "no ha habido, retroactividad en el precepto, lo que ha habido es interpretación del juez acorde, en cada caso, con el respectivo sentido moral de su legislador" (160).

El caso tradicional que puso de relieve este problema y que ha sido la base de la exposición fue planteado por un estudiante de Derecho que después sería profesor de una Universidad en Suiza.

El problema es el siguiente: A la edad de diecinueve años estudiaba en Heidelberg, Alemania, y era mayor de edad de acuerdo con la ley del lugar de su domicilio, en esa virtud, celebró un contrato de hospedaje; pasó el tiempo y el estudiante no cumplió con el contrato celebrado.

Se publicó poco después el Código Alemán modificando el sistema internacional alemán y en lugar de ser la ley del domicilio la aplicable para determinar el estado y capacidad de las personas, estableció que se aplicará la ley nacional.

(159).- Yanguas, Messías, Derecho Internacional Privado, Primera ed., Madrid 1944, pág. 218, cit. por Miaja de la Muela Ob. Cit. pág. 364.

(160).- Ibidem, pág. 218.

Así es que, como el estudiante era de Baviera y según la ley de ese país, la mayoría de edad, es decir, la capacidad se adquiría hasta los veintiun años, el estudiante en cuestión alegó a la patrona, cuando ésta lo demandó, la nulidad del contrato celebrado, diciendo que era menor de edad, cuando lo celebró, se dijo por otra parte que era perfectamente capaz, porque para entonces le era aplicable la ley del domicilio.

Pero para esto, se replicó que no, porque la unidad de derecho reclama un único sistema de incorporación y la norma de Derecho Internacional que debería aplicarse dice que el estado y capacidad de las personas se rige por la ley nacional.

El problema teóricamente puede reducirse a estos términos: ¿Es aplicable una norma de Derecho Internacional Privado a una hipótesis realizada antes de la vigencia de la norma?, es decir, ¿La norma de Derecho Internacional Privado es retroactiva?.

El problema relativo a la retroactividad de las normas de Derecho Internacional Privado, fué precisado con toda claridad en el cambio sistemático del Derecho alemán -- de 1900 y desde entonces para acá, todos los tratadistas -- de esta materia han dedicado una parte de sus estudios al tratamiento de este problema.

Javier Morán, ha estudiado el problema planteado: "como una cuestión de normas, preguntándose, si las normas de Derecho Internacional rigen a las de Derecho transitorio, o si por el contrario las normas de Derecho transitorio rigen a las de Derecho Internacional" (161).

Planteado en esta forma Morán dice: "que las consecuencias de uno y otro régimen para llegar prácticamente a una solución equivalente tanto en el Derecho temporal, como en el Internacional Privado, tendiente a resolver problemas cuya técnica es análoga.

Que las reglas de Derecho Internacional Privado y de Derecho transitorio, son siempre reglas adjetivas, que tienen por objeto ampliar la vigencia de las normas sustantivas a que se refieren.

En consecuencia, tienen los dos sistemas ámbitos distintos, no se tocan; se debe entonces agregar, resolver el problema no teniendo en consideración la posibilidad de que estos dos órdenes de normas se encuentran sino teniendo en cuenta que son órdenes paralelas que deben obrar simultáneamente sobre el Derecho.

La norma de Derecho Internacional Privado opera sobre el Derecho del juez, independientemente de la operación del Derecho transitorio del sistema del juez" (162).

(161).- Morán, Javier, citado por Gaxiola Xorge, apuntes de de la cátedra de Derecho Internacional Privado, - - UNAM, 1967, pág. 52.

(162).- Ibidem, pág. 52 y 53.

El problema que expone este autor, no es una - -
cuestión de predominio de una norma sobre otra, no hay posi-
bilidad de establecer de una manera general técnica, la ma-
yor importancia del Derecho temporal sobre el Derecho tran-
sitorio y el hecho de que se indague que son dos sistemas -
paralelos, quiere esto decir, que no existe cruzamiento en-
tre los sistemas y no puede haber un sistema que predomine-
sobre el otro.

En la teoría que expone este jurista, encontra---
mos que:

El Derecho Internacional Privado es Derecho Pú--
blico; el Derecho Público puede ser retroactivo, luego las-
normas de Derecho Internacional Privado pueden ser retroac-
tivas, pues no están regidas por los principios de no re---
troactividad que se refieren a las normas de Derecho Priva-
do.

El hecho de que una norma sea de orden público -
no quiere decir que tenga que ser retroactiva, encontramos -
en el Derecho Público muchas disposiciones que surgen, la -
retroactividad conforme, no a su categoría de Derecho Pú---
blico, sino al sentido mismo de las normas.

Las normas de Derecho Público en general deben -
tener una aplicación inmediata de la ley, con su efecto re-

troactivo; si las normas de Derecho Público reclaman una -- aplicación inmediata, es por la importancia que tienen y en ese sentido sí se puede decir que las normas de Derecho Internacional Privado reclaman su aplicación inmediata.

Pero de aquí no podemos deducir que tenga que -- ser retroactiva necesariamente, sino pueden serlo.

En la escuela Italiana encontramos una tesis que nos indica que las normas de Derecho Internacional Privado, como normas adjetivas, no pueden ser retroactivas y que deben aplicarse inmediatamente; por su aplicación inmediata y por su carácter adjetivo, pueden tener una consecuencia aparentemente contraria al principio de no retroactividad.

Pero esto no implica propiamente retroactividad-- de la norma de Derecho Internacional Privado, esta norma -- adjetiva, no puede ser ni retroactiva ni irretroactiva, -- se aplicará inmediatamente en la misma forma en que se -- aplican las leyes procesales.

Si así fuera esto, encontraríamos que la norma -- de Derecho Internacional Privado casi siempre, de manera -- inmediata, iba a tener consecuencia de hecho condicional--- mente para la norma sustantiva, que se transformarían en -- consecuencias de la norma de Derecho Internacional Privado.

Encontramos la tesis que establece retroactividad de la norma de Derecho Internacional como una posibilidad dentro del Derecho temporal: la norma de Derecho Internacional Privado, se dice es una norma más en el Derecho, - una norma que no tiene otro sentido que señalar un proceso de creación de otras normas de Derecho.

Es una norma adjetiva, una norma de Derecho Público, pero las normas de Derecho Público pueden por lo tanto, incorporar normas retroactivas.

Todas estas teorías nos muestran el fondo del -- problema de la retroactividad de la norma de Derecho Internacional Privado; si en el caso que se propuso de Derecho prusiano y el Derecho Bávaro tuvieron una disposición idéntica sobre la mayoría de edad qué importancia tendría para la patrona del estudiante o para el estudiante mismo, el -- que se aplicase la norma del domicilio o la ley nacional -- para regir la capacidad del estudiante.

Si para el efecto de la norma de Derecho Internacional Privado se va a llegar a la misma conclusión (el -- individuo fué mayor de edad a los diecinueve años), no -- -- habría nunca retroactividad, independientemente de cual --- sea la norma del Derecho Internacional Privado, el resultado sería siempre el mismo.

¿Qué es entonces lo que hace agudo el problema, lo que nos lo presenta con toda su amplitud?

Si la norma de Derecho Internacional Privado tiene como consecuencia incorporar una norma que no altera la situación evidente que esta norma pueda aplicarse sin tener en cuenta el interés personal; si por el contrario la norma tiene un efecto incorporar una norma que modifica la situación creada.

Se presenta el problema en toda su agudeza, lo que quiere decir, que no es la norma de Derecho Internacional Privado la que viene a poner en juego el problema, sino la norma de Derecho Sustantivo que se incorpora.

Es decir, el problema realmente se desplaza, la norma de Derecho Internacional NO PUEDE SER RETROACTIVA, -- porque es imposible que modifique una situación creada, que vuelve sobre los efectos de una situación jurídica ya nacida con anterioridad.

Trigueros, nos expone el problema de la retroactividad de la norma de Derecho Internacional Privado en -- los siguientes términos: "Que la norma de Derecho Internacional Privado nunca puede ser de efecto retroactivo, este fenómeno se encuentra descartado en el Derecho Internacional Privado, como un fenómeno de subsistencia anterior al -

Derecho posterior, se altera, se modifica, cuando una situación igual del nuevo Derecho pretende tener efecto sobre esa situación anterior.

Cuando la situación anterior va a ser substituida por una norma equivalente del Derecho nuevo, la norma de Derecho Internacional nunca puede tener este efecto, porque nunca cambia sus efectos ni tiene ningún resultado final sobre la propia situación.

En tanto, que la norma de Derecho Internacional Privado nunca resuelve una situación en su fondo, se limita simplemente a dotar al Derecho del juez una norma sustantiva del Derecho extraño, siendo esto así, la norma de Derecho Internacional Privado, no puede jugar retroactivamente en cambio, la norma incorporada sí puede tener este efecto.

La norma de Derecho sustantivo incorporada, debe aplicarse al Derecho sustantivo; la norma de Derecho Internacional Privado no puede tener efecto para construir o modificar una situación surgida con anterioridad (163).

Por más que la ley de Derecho Internacional Privado reclame su necesaria aplicación inmediata por la nulidad de orden jurídico, nunca podrá tener un efecto retroactivo, pero esta norma ordinaria del Derecho debe estar necesariamente sujeta a las reglas sobre retroactividad.

Quintín, nos habla de la retroactividad de la -- ley extranjera y nos dice que: "es necesario decidir cuál -- de dos leyes sucesivamente vigentes en el Estado extranjero es la aplicable a la relación.

Por lo regular, basta con atender a la fecha en -- que cesó la vigencia de la precedente y comenzó la de la -- subsiguiente.

Pero en algunas ocasiones la ley nueva puede es -- tar dotada de efecto retroactivo, por lo cual estará en ca -- pacidad de regular relaciones anteriores a la fecha de su -- promulgación, y otras veces la ley vieja puede estar dotada de efecto potestativo, por lo que regulará relaciones poste -- riores a la fecha en que fué promulgada la nueva ley. (164).

Para determinar cuál es la ley aplicable, debe -- atenderse al orden jurídico a que pertenecen las normas que se deben aplicar.

Por ejemplo: si la validez formal del matrimonio se regula por la ley del lugar de la celebración, hay que -- tener presente la ley que, según el Derecho de ese lugar, -- tenía vigencia cuando el matrimonio se celebró, quizás el -- Derecho de ese lugar reporte que era una ley posterior a la fecha de la celebración del matrimonio la que tenía vigen -- cia en aquel momento por efecto retroactivo, en tal caso se

debe regular con ella la validez del matrimonio.

Como la retroactividad de las leyes pueden dar lugar a verdaderos atentados contra Derecho ya sólidamente constituidos, no es rara la postergación de las leyes extranjeras retroactivas mediante la excepción del orden público internacional.

Quintín, nos pone un ejemplo a seguir diciendo: - "que la orden franquista del 8 de marzo de 1939, declaró nu los los ab initio los matrimonios civiles celebrados en la zona Republicana a partir del 12 de marzo de 1938 y que debe considerarse aplicable para juzgar la validez de dichos matrimonios." (165).

Hay que atender también al orden jurídico a que pertenecen las leyes aplicables para determinar si una relación jurídica nacida durante la vigencia de una ley y que pueda durante la vigencia de otra, debe ser regulada por la primera, o por la segunda o por ambas, estableciendo en este último caso a cuáles elementos o consecuencias se aplica la primera y a cuáles la segunda.

No obstante la claridad de cuanto ha sido espues to, el problema de la aplicación temporal de las normas de conflicto es uno de los más ardientemente debatidos del Derecho Internacional Privado.

(165).- Ibidem, pág. 560.

CAPITULO IV.- C O N C L U S I O N E S

C O N C L U S I O N E S

1).- La retroactividad sólo opera, cuando la ley lo autoriza explícitamente, siempre y cuando no cause perjuicio a persona alguna, garantía que se encuentra consagrada en el artículo 14 Constitucional.

Cuando la ley restringe o destruye situaciones jurídicas creadas al amparo de una ley anterior, es cuando se presenta la retroactividad.

2).- El llamado conflicto de leyes se da cuando dos o más ordenamientos jurídicos, pertenecientes a distintos órdenes soberanos, pretenden regular una misma situación jurídica.

3).- El orden público funciona como excepción de la aplicación de la norma extraña y es el medio técnico por el cual el Estado preserva su orden jurídico.

4).- La norma de Derecho Internacional Privado, nunca podrá tener efecto retroactivo en virtud de que su aplicación es inmediata y

que su función es vinculatoria o incorporante.

Lo que puede tener efecto retroactivo es la norma incorporante, más no la incorporada.

La norma de Derecho Internacional Privado - es de naturaleza adjetiva más no sustantiva, lo que excluye la posibilidad de la retroactividad de la misma.

BIBLIOGRAFIA.

- 1).- ARELLANO GARCIA, CARLOS.
Derecho Internacional Privado, 5a. ed., - -
Edit. Porrúa, S.A., México, 1981.
- 2).- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO
Las Garantías Individuales, 11a. ed., edit.
Porrúa, S.A., México, 1978.
- 3).- GARCIA MAYNES, EDUARDO.
Introducción al Estudio del Derecho, 17a. -
ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1970.
- 4).- GAXIOLA, XORGE F.
Apuntes de Cátedra de Derecho Internacional
Privado, UNAM. 1967.
- 5).- GODSCHMIDT, WERNER
Sistema y Filosofía del Derecho Internacio-
nal Privado, 2a. ed., edit. EJEA, tomo I, -
Buenos Aires, 1952.
- 6).- GONZALEZ GONZALEZ, VICTOR.
La Doctrina de Trigueros en el Derecho In-
ternacional Privado, UNAM., 1966.
- 7).- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO.

Derecho Internacional Privado, Introducción y Parte General, tomo I, 8a. reimpresión, - edit. Madrid "Atlas", 1981.

- 8).- NIBOYET, JEAN PAULIN.
Principios de Derecho Internacional Privado, 2a. ed., edit. Nacional, S.A., México, 1951.
- 9).- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL.
Derecho Internacional Privado, 1a. ed., -- edit. HARLA, México, 1981.
- 10).- PEREZNIETO CASTRO, LEONEL,
Conflicto de leyes, UNAM, México, 1972.
- 11).- QUINTIN, ALFONSIN.
Teoría del Derecho Privado Internacional, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1955.
- 12).- QUINTIN, ALFONSIN.
El Orden Público, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1940.
- 13).- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL.
Compendio de Derecho Civil, tomo I, Introducción, Personas y Familia, 2a. ed., edit.

Antigua Librería de Robredo, México, 1964.

14).- TAMAYO DIAZ, ALFREDO ENRIQUE.

Estudio Comparativo de las Teorías de Quintín y Trigueros, UNAM, México, 1968.

15).- TRIGUEROS, EDUARDO.

La Aplicación de Leyes Extrañas, artículo -- escrito en tres ejemplares de la REVISTA -- JUS, en enero, febrero y marzo de 1941.#30.

LEGISLACION CONSULTADA:

- a).- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 59a. ed., 1976.
- b).- Código Civil vigente para el Distrito Federal.
- c).- Código Penal vigente.

DICCIONARIOS:

Diccionario de Sinónimos Castellanos, Edit. PAX, México, México, 1975.

Pequeño Diccionario de Sinónimos, ideas afines y contrarios, Edit. TEIDE-BARCELONA, -- 8a. ed., 1979.

Diccionario Larousse de la lengua española,
Ediciones Larousse, México, 1982.

Diccionario Aristos Ilustrado de la lengua
española, Edit. Ramón Sopena, S.A., Barcelon
na - España, 1966.

Diccionario Purrúa de la lengua española, -
Edit. Purrúa, S.A., México, 1985, décimo no
vena edición.