

**LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA EN EL  
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

**TESIS**

**Que para obtener el Título de**

**LICENCIADO EN DERECHO**

**PRESENTA.**

**ARMANDO SERRANO RODRIGUEZ**

**MEXICO, D. F.**

**1968**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**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 esta 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.

**A LA MEMORIA DE MIS PADRES.**

**A MIS SEGUNDOS PADRES SR. FLORENCIO SERRANO  
M. Y SRA. SABITA Z. VDA. DE SERRANO: A ELLOS  
MI ETERNO AGRADECIMIENTO POR HABERME FORJADO  
EN EL DIFICIL CAMINO DE ESTA VIDA, A QUIENES DEBO  
TODO LO QUE SOY RECIBAN LA PRESENTE COMO MUES-  
TRA DE CARIÑO Y AMOR QUE SIEMPRE HE TENIDO----  
PARA USTEDES.**

**A MI ESPOSA REBECA Y A MI HIJA GABRIELA,  
PARA ELLAS DEDICO LA PRESENTE, CON EL -  
AMOR MAS PURO QUE EL HOMBRE PUEDA DAR  
A LA MUJER. A TI REBECA POR HABERME ALEN\_ \_  
TADO A SEGUIR ESTA OBRA Y HABERME ACOM\_ \_  
PAÑADO EN TODOS LOS MOMENTOS MAS --  
DIFICILES.**

**A MIS HERMANOS Y HERMANAS .**

**A TODOS MIS FAMILIARES, EN**

**ESPECIAL A LOS SRES. CARLOS**

**CORDERO Y ENRIQUE TRONCOSO.**

**AL LIC. VICTOR. C. GARCIA MORENO:  
CON GRATITUD Y RESPETO, POR SUS--  
SABIOS CONSEJOS EN LA DIRECCION  
DE ESTA TESIS.**

**A LOS SRES. C. P. OSCAR COTA M., Y LIC.  
LUIS H. LOPEZ G., DR. RENE ANDRADE P.,  
CON AGRADECIMIENTO Y ENTRAÑABLE -  
AMISTADA.**

**AL H. V AYUNTAMIENTO DE TIJUANA B.C.**

**EN ESPECIAL AL C. PRESIDENTE - -**

**MUNICIPAL. SR. FRANCISCO LOPEZ**

**GUTIERREZ, CON PROFUNDO AGRA\_**

**DECIMIENTO.**



**A MIS MAESTROS , A QUIENES AGRADEZCO  
SUS SABIAS ENSEÑANZAS QUE ME -  
IMPARTIERON.**

**A MIS AMIGOS.**

**A LA FACULTAD DE  
DERECHO.**

## **CAPITULO I**

### **CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO**

- I. Planteamiento y definición de la retroactividad de las leyes.**
- II. Diversas Teorías**
  - A. Derechos adquiridos: Exposición y crítica**
  - B. Exposición y crítica de la teoría de Roubier**
  - C. Teoría del Planiol**
  - D. Teoría de Bonnacase**
- III. La irretroactividad de la ley y sus excepciones.**
- IV. La irretroactividad en diversas materias, Derecho Penal, Derecho Procesal. Examen del derecho positivo mexicano.**

## CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO.

### 1. Planteamiento y definición de la retroactividad de las leyes.

**PLANTEAMIENTO:** Las normas jurídicas en principio rigen todos los actos jurídicos durante un lapso de tiempo concordando con sus supuestos. Para que un supuesto se realice mientras una ley está en vigor, la consecuencia jurídica debe imputarse al hecho condicionante. Al haberse realizado éste, se actualiza su consecuencia normativa. La facultad y el deber derivado del supuesto poseen una existencia temporal más o menos larga. Ciertas veces la disposición normativa, hace indicación de la duración de aquéllos o sean los supuestos, otros, tal duración es indefinida, y para que haya extinción de derechos depende de éste de la realización de ciertos supuestos. García Maynes<sup>(1)</sup> nos pone un ejemplo: "El ganancioso tiene en este caso la facultad de exigir la entrega de tal cantidad. Si el deudor paga, extinguese concomitantemente el derecho subjetivo del acreedor y el deber jurídico del deudor y el pago interviene entonces como hecho jurídico -

(1). García Maynes, Introducción al Estudio del Derecho, II ed. México, Porrúa, 1963. pp. 388-390.

extintivo de las dos citadas consecuencias.

Una vez realizado el supuesto de un precepto legal, puede ocurrir que las consecuencias normativas se extingan totalmente durante la vigencia del precepto. Pero también puede suceder lo contrario.

Se plantea el problema de la manera siguiente: "La Ley 1 establece que si A es, debe ser R, hallándose en vigor tal precepto, realice su supuesto jurídico, y empiezan 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 segunda, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo con aquella, correspondían a la realización de su hipótesis?

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 anterior, corresponde al supuesto de la posterior y debe producir, de acuerdo con ésta, consecuencias jurídicas diversas de la que la otra le atribuía.

Haciendo una suposición que en la primera todo hombre, al cumplir veintiun años, debe ser considerado como mayor de edad, y que otra fija en veinticinco años el principio de la mayoría de edad. Se puede deducir que lo antes expuesto, habrá que reconocer que todos los hombres, cumplieron los veintiun años durante la vigencia de la primera ley, llegaron a ser mayores de edad desde ese momento. Pero muchos de ellos eran acaso menores de veintiun años, al entrar en vigor la segunda, derogatoria de la primera, En estos casos el problema consiste en determinar si esos individuos de más de veintiun años y menos de veinticinco, deben ser considerados o no, al iniciarse la vigencia de la segunda, como mayores.

¿Podrá aplicarseles dicha ley y decirse que, si bien fueron mayores de edad desde veintiun años hasta la iniciación de la vigencia de la posterior. Dejaron de serlo desde ese momento? ¿Será correcto aplicar retroactivamente la segunda ley?

#### DEFINICION DE LA RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES.

Rojina Villegas nos hace una exposición 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,

siendo estos los siguientes:

"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 la 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 nace bajo la vigencia de una ley anterior, pero sigue produciendo efectos jurídicos al entrar en vigor la ley nueva."(2)

Aquí es en donde verdaderamente surge el problema para determinar que ley debe seguir aplicándose, si la misma que ha seguido rigiendo los hechos jurídicos, o bien, si deben regular la nueva ley los efectos jurídicos, debido a que se actualizan los

---

(2) Rojina Villegas Rafael, Compendio de Derecho Civil; Introducción, Personas y Familias. III ed., Mexico, Edit. del autor, pp. 41-42.

efectos jurídicos cuando ésta ley entra en vigor. El problema de la retroactividad nos dice Rojina Villegas"(3) se presentará cuando haya situaciones de tracto sucesivo o situaciones en curso, al entrar en vigor la nueva ley (3).

En lo que toca a la retroactividad de las leyes García Maynes (4), 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.

La primera cuestión la resuelve diciendo: Que la ley es retroactiva cuando aplicada suprime 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 procedente".

(3) IBIDEM. p. 42.

(4) García Maynes, op. cit. p. 389.

Para García Maynes 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.(5).

Si tomamos como base el artículo 14 Constitucional que a la letra dice: A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna; 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 sabremos que podrá darse efecto retroactivo a una norma jurídica?, esto lo sabremos cuando el ordenamiento jurídico que quiera aplicarse encuadre dentro de la situación jurídica del artículo antes mencionado o cuando la ley lo autorice explícitamente en su ordenamiento.

## II. Diversas teorías:

### A). Derechos adquiridos, exposición y críticas.

El expositor de esta teoría es el jurista francés Merlin(6) y nos dice que: "Una ley es retroactiva cuando destruye o restringe

---

(5). IDEM. loc. cit.

(6). Merlin, supra, p. 390.



un derecho adquirido bajo el imperio de una ley anterior".

Derechos adquiridos son: "Los derechos que han entrado en nuestro patrimonio y que hacen parte de él, y que ya no pueden quitarsenos por aquél mismo de quien los hemos obtenido".

Nos cita Merlin(7), la celebración de un contrato, dice que algunas veces la ley no crea derechos a nuestro favor, sino que nos concede determinadas facultades legales, dice este mismo autor, que lo mismo pasa con las facultades otorgadas por los individuos y las otorgadas por la ley.

García Maynes(8) expone que ésta teoría gira alrededor de tres conceptos fundamentales y que son a saber:

El derecho adquirido;

El de facultad; y

El de Expectativa.

Expectativa: lo dice de la simple facultad de que todavía no se ha hecho uso, puede acaso aplicarse a la expectativa, esto es, a la esperanza que por razón de un hecho ya pasado o por cierto

---

(7) Idem., citado por Joaquín Escriche, Diccionario Razonado de

estado de cosas tienen concebida de gozar de un hecho futuro? En otros términos, ¿esta esperanza constituye por sí misma un derecho adquirido? Esta esperanza constituye por sí misma un derecho adquirido?, esto depende de la naturaleza del hecho o del estado de cosas de que la tomemos.

Podemos tenerla con efecto: 1.- De la voluntad todavía mutable 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. 4.- Finalmente, de un contrato.

En el primero y segundo caso, 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 sino en un acto siempre revocable; nos pone un ejemplo Merlin (9) diciendo 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

---

Legislación y Jurisprudencia, nueva ed., edit. librería de la Vda. de Ch. Bouret, Paris, 1925, p. 593.

(8) García Maynes, op. cit. p. 391.

(9) Merlin, op. cit. p. 594.

y dejar sin efecto la esperanza que habían formado los herederos instituidos y los legatarios. Así es que mientras no se abra la sucesión que por la ley existente debe pertenecer en todo o en parte a tal persona, puede una ley nueva estableciendo otro orden de suceder, quitar a esta persona la esperanza que tenía de recoger la herencia.

En el tercer caso, no puede haber expectativa sino en razón de una condición que el testador hubiera puesto a la institución de heredero o a la demanda o legado; pues si 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. Supongamos que un testador que fallecido el año pasado, te instituye su heredero bajo la condición que se erifique tal o tal acontecimiento. Mientras no se cumpla la condición, sólo tiene la expectativa de la sucesión del testador y esta expectativa se desvanecerá, sin antes que se convierta en derecho adquirido por el cumplimiento de la condición, llegares a fallecer. Mas si estando todavía pendiente la condición, sobreviene una ley que destruye o limita los efectos de las disposiciones de la clase de aquélla que se ha hecho en

en tu beneficio, no por eso sufrirá ya lesión alguna tu institución, porque el heredero nombrado bajo condición adquiere por la muerte del testador y por la irrevocabilidad de que entonces se reviste su testamento, 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 expectativa dependa de una condición que no puede cumplirse absolutamente o que no puede cumplirse después de una mudanza sobrevenida en la legislación. Funda su tesis Merlin (10) en que el vínculo engendrado por el negocio jurídico solo puede resolverse por la no realización de la condición y no de otra manera.

Burgoa (11) hace un estudio bastante completo sobre el ar-

---

(10) Idem, p. 594

(11) Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, 3 ed., edit. Porrúa, México, 1961, p. 396.

título 14 Constitucional referente al principio de irretroactividad de la ley.

El análisis de este artículo es bastante interesante, puesto - que es bastante difícil determinar cuando se aplicará retroactivamente una ley a un caso concreto, y cuando aún aplicándose para el pasado no es retroactiva. Esto viene a ser un problema general de derecho, de derecho Publico ya que la no aplicación retroactiva de la ley se ha elevado a la categoría de garantía Constitucional en esa virtud, está mal hecho que el estudio de este problema se reserve al derecho Civil.

Dice Burgoa (12) que para analizar este problema de cuando se aplica retroactivamente una ley, hay que plantear la verdadera hipótesis en que se presenta.

"Toda ley que tiene sus elementos: 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 ser leyes privativas. Cuan-

---

(12) Idem. p. 396.

do 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".

El auténtico problema se plantea en esta tercera hipótesis: cuando se trata de actos 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 a saber:

La teoría clásica: parte de la diferencia entre derechos adquiridos y simples expectativas de derecho para resolver el problema de la retroactividad ad. La sostenida que cuando la ley nueva lesione 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 derecho adquiridos. Pone este ejemplo: Una persona hace testamento dejando heredero; la ley capacita al presunto heredero 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. Supongamos que en eso se dicta una nueva ley que prohíbe a esa persona heredar, pues en ese caso no será porque no lesiona derechos adquiridos, pero si el heredero ya adquirió esa categoría por haber muerto el testador, entonces no podrá aplicarse la ley nueva porque lesionaría derechos que ya han sido adquiridos.

La teoría clásica no resuelve el problema de la retroactividad, dá una pauta para que en determinados casos se pueda solucionar éste problema, cuando la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas sea clara, pero hay casos en que no lo es, la doctrina clásica desplaza el problema a este otro: ¿Cuándo hay derechos adquiridos y cuándo simples expectativas? pero todavía hay más, los derechos condicionados: ¿Son derechos adquiridos o simples expectativas?, este argumento es definitivo

en contra de la teoría clásica. ¿Qué ley se aplicará a los derechos 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 o 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(13) nos dice: "Una ley no se aplicará retroactivamente cuando lesione simples intereses de la persona y su aplicación se juzgará retroactiva cuando, obrando para el pasado, afecte derechos



subjetivos adquiridos por la ley anterior. Esta tesis es más imprecisa que la clásica porque crea el problema de cuando existen - simples intereses y cuando derechos adquiridos".

Coviello (14) parte de la verdadera hipótesis en que se 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 anterior y que sus efectos se prolongan hasta la vigencia de la ley nueva. En estas situaciones qué ley se aplicará. Este problema casi siempre se presenta ante la autoridad judicial.

La doctrina anterior parte de lo siguiente: Si los efectos de un acto causal pueden analizarse en si mismos, 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 causal que le dió origen, entonces la aplicación que se haga de la ley nueva será retroactiva, y pone este ejemplo: Se celebra un matrimonio bajo la vi-

---

(13) Laurent, citado por Burgoa, p. 379

(14) Coviello Nicolas, citado por Burgoa, p. 380.

gencia de una ley que no permite el divorcio; esta ley se modifica por otra que establece el divorcio como forma de disolución del vínculo matrimonial, pues bien, uno de los conyuges, bajo la vigencia de la nueva ley, demanda el divorcio fundándose en una de las causales que la propia ley establece, el conyuge demandado contesta la demanda diciendo, que en el tiempo en que contrajeron nupcias estas eran: indisolubles.

El matrimonio es un acto causal, el efecto de él es su propia disolución. El divorcio, 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 por que 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 haya celebrado el acto causal.

Opinión de Burgoa(15) Tesis de las concausas: "Partámos de la hipótesis en que se registra el verdadero problema de la retroactividad de las leyes, es decir, cuando nace un acto bajo la

(15) Burgoa, op. cit., p. 381.

nera 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 ley actual, se aplicará ésta.

Veremos el decreto de congelación. ¿Se aplican estos decretos retroactivamente? Supongamos que antes del decreto se celebró un arrendamiento y en él las partes ponen la cláusula de que en caso de que la calle embellezca el inquilino pagará el 50% más de renta, teniendo el derecho el arrendador de exigirlos. Supongamos que esta condición se realiza bajo la vigencia del código civil anterior al decreto, pero supongamos que el arrendador, bajo la vigencia del decreto 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 este en el que aplicará o bien si la condición se cumplió bajo la vigencia de la ley nueva y por tanto nació el derecho bajo esa nueva ley, se aplicará la nueva ley sin peligro de que sea retroactiva porque la concau-

sa nació bajo es a vigencia".

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

La Jurisprudencia de la Suprema Corte 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.

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

La garantía que consagra el artículo 14 Constitucional es contra la aplicación de las leyes retroactivas; dice que a nadie se le aplicará una ley retroactiva en perjuicio de persona alguna; así, interpretado a contrario sensu el precepto, concluiremos que sí se

podrá aplicar en su beneficio, esto ocurre en material Penal y evidentemente no se viola la garantía que estudiamos.

Si la retroactividad es un vicio de la aplicación de la ley y no de la ley misma, los Constituyentes de 1857 cometieron el error que se expidieron leyes retroactivas. Nuestra Constitución 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 solo cuando limitan la defensa de las partes: ejemplo: Que la misma ley haga inoponibles excepciones que ya se dedujeron, o bien prohibiciones que ya se ejercitaron, en estos casos si será retroactiva la ley procesal.

La garantía de no aplicación de las retroactivas opera en todas las ramas del derecho.

## B) EXPOSICION Y CRITICA DE LA DOCTRINA DE ROUBIER.

Opina Rojina Villegas (16) que la base de la teoría de este

autor, reside en distinguir el efecto retroactivo y el efecto inmediato de la ley.

Las normas legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican:

a).- A hechos consumados bajo el imperio de una ley anterior (facta praeterita). b).- A situaciones en curso, por lo que toca a los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (facta pendencia).

Expone diciendo que si la nueva ley se aplica a consecuencias aún no realizadas de un hecho ocurrido bajo el imperio de la precedente, 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.

Cuando 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 condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica, la nueva ley modi-

---

(16) Rojina Villegas op. cit. pp. 46-48.

ficar, sino ser retroactiva, tales condiciones, ya que estas quedan comprendidas por su misma índole, dentro del concepto de hechos pasados (*facta praeterita*).

En lo que respecta a la materia de contratos Roubier (17) considera que hay que tomar en cuenta la manifestación de voluntad en múltiples formas con vista a la producción de efectos de derecho. El contrato reviste en esta forma un acto de precisión. Los contratos que vinculan en el sus intereses, saben que pueden esperar el juego de las cláusulas del acto, o incluso de la ley. Es evidente que la elección hecha por las partes sería inútil si una nueva ley modificando las disposiciones del régimen en vigor el día en que el contrato fuere concluido, viniera a echar por tierra sus precisiones. Cuandos dos personas se casan, cuando un sujeto adquiere en usufructo o una hipoteca, encontramos indudablemente como 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 el contrario, cuando dos

---

(17) Roubier, obra citada, I, pag. 598, citado por García Maynes, pág. 394.

personas celebran una venta o un contrato de arrendamiento pueden incertar determinadas cláusulas consideraciones o modalidades del acto y lo único que pueden esperar de la ley, es solamente protección complementaria, en relación con lo que hubiera dejado de prever o de iniciar.

### CRITICA DE LA TEORIA

La doctrina de Roubier (19) distingue con claridad el problema del efecto inmediato de la ley por una parte, y del efecto retroactivo por la otra.

García Maynes está en desacuerdo con este jurista en lo tocante al concepto de retroactividad. Roubier dice que una ley es retroactivada 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. Si se trata de efectos no realizados al anterior en vigor la nueva disposición tales efectos quedan inmediatamente sometidos a ella, sin que pueda hablarse de aplicación retroactiva. Este aspecto de

---

Roubier, obra citada, l. p. 598 citado por G. Maynes, pp. 394-396



la doctrina descansa en un equívoco. Se refiere a la expresión "efectos realizados". Al hablar de las nociones de supuestos jurídicos y hechos jurídicos vimos como 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 deberes) se producen en el momento mismo en que el supuesto condicionante se ha realizado.

### C). TEORIA DE PLANIOL

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

(18) Planiol propone la formula 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

---

(18) Planiol, traité, élémentaire de droit civile, Paris, I, p. 97 citado por García Maines, p. 394.

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

#### D). TEORIA DE BONNECASE

La tesis de Bonnecase (20) 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. Más adelante explica la distinción entre las situaciones jurídicas abstractas y situaciones jurídicas concretas.

Las situaciones jurídicas pueden ser abstractas y concretas; la 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 los son, la ley crea una

---

(20) Bonnecase, supplement, II, p. 19, citado por García Maynes, pp. 396-399.

situación jurídica abstracta en cuanto determina, de modo genérico, que requisitos deben concurrir en un sujeto para que se halle en condiciones de ser instituido heredero. Nos dá otro ejemplo diciendo "Una ley rebaja a dieciocho años la edad de la mayoría".

Todos los menores de dieciocho años se encuentran relativamente a la nueva ley, en una situación jurídica abstracta. Pero cuando cumple esa edad la situación jurídica abstracta se torna en concreta".

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 concurra la voluntad, de los interesados. En ciertas veces deriva de hechos no voluntarios. Como el soltero 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 se había convertido en mayor 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 la mayor edad, no volverá a ser menor hasta los veinticinco, so pretexto de que la nueva ley ha 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 condicionan 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 o suprimirla, sin que quepa hablar de retroactividad.

### III.- La irretroactividad de la ley y sus excepciones.

En materia de retroactividad existen dos problemas fundamentales a saber: Estriba el primero, en establecer cuando la aplicación de una ley es retroactiva; el segundo, en determinar cuando puede una ley aplicarse retroactivamente. La primera cuestión ya ha sido resuelta. Una ley es retroactivamente aplicada cuando suprime o 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 los suprima o modifique.

¿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 eran idénticos a los de la nueva?

Hemos 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.

Ciertos autores afirman que la regla de la no retroactividad solo 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 preteritos. Estableciendo así de este modo excepciones al principio general. Esta tesis dice García Maynes (21) no puede ser aceptada por nosotros en los mismos términos que otros autores europeos la han formulado, porque la regla de la no retroactividad constituye en nuestro derecho una garantía individual.

Si observamos lo expuesto anteriormente, es indiscutible que

---

García Maynes, op. cit. pp. 399-400.

mite 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 este. 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. Para que pueda aplicarse retroactivamente la ley nueva es necesario, que las consecuencias jurídicas de la anterior no se hayan extinguido, y que, en ésta última hipótesis, caracteraría de sentido hablar de retroactividad. Si un hombre es condenado a treinta años de carcel, por haber matado a un semejante, y una nueva ley reduce el monto de la pena correspondiente, pero entra en vigor cuando el condenado cumplió ya su condena, resulta imposible aplicar retroactivamente el nuevo precepto legal.

En lo que respecta a las medidas de seguridad los Penalistas --- han opinado que deben aplicarse retroactivamente las leyes que benefician al reo. Como no tienden a imponer una expiación doloro-

no vale solo 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 un lado el principio de irretroactividad.

Citaremos un ejemplo constitucional, que tácitamente admite la posibilidad de una aplicación retroactiva de las leyes relativas, el párrafo tercero del artículo 27 Constitucional, que a su letra dice: "La Nación tendrá en todo tiempo el 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".

#### IV. La irretroactividad en diversas materias:

##### Derecho Penal:

El principio general de que ninguna ley debe producir efectos retroactivos en perjuicio de persona alguna, llegase a la conclusión de que la retroactividad es lícita, cuando lejos de perjudicar, beneficia a los particulares. Y es por esto que se ad-



sa, sino a corregir y proteger al delincuente, la ley debe tener siempre efecto retroactivo, 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 estas medidas persigue.

#### Derecho Procesal:

En lo que toca al derecho procesal es indispensable a distinguir cuidadosamente los hechos jurídicos materiales de los propiamente procesales. Puede hablarse de aplicación retroactiva de la ley procesal, solo cuando ésta destruye o restringe las consecuencias jurídicas de un hecho de naturaleza procesal ocurrida durante la vigencia de la anterior. La aplicación de la norma procesal posterior no queda excluida por la circunstancia de que los hechos cuya eficiencia jurídica se discute, haya ocurrido mientras estaba en vigor la ley procesal distinta, sino únicamente por la circunstancia de que, durante la vigencia de esta, hayan ocurrido los hechos a que se atribuya eficacia jurídica procesal.

Si una ley cambia la forma y requisitos de la demanda ju-

dicial, puede aplicarse aún cuando se trate de hechos de índole material, ocurridos mientras se hayaban en vigor una ley procesal diversa. En cambio, no debe aplicarse 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.

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.

Examen del derecho Positivo Mexicano:

Comenta Rojina Villegas (22) que: conforme el artículo 14

Constitucional en 1857, se establecía al principio de que la ley no podría ser retroactiva en perjuicio de persona alguna. El artículo 14 Constitucional vigente de 1917, viene a cambiar este precepto, estableciendo que la ley no puede aplicarse retroactivamente en perjuicio de persona alguna.

Existe la diferencia entre el hecho de que la ley no debe ser

(22) Rojina Villegas op. cit. p. 49.

retroactiva , como prohibición al legislador, y el que no se dé a ninguna ley efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna, conprohibición al juez, al funcionario administrativo, o en general al órgano del Estado que debe aplicarla.

El artículo 14 Constitucional del 5 de Febrero de 1857, disponía: "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. El artículo 14 Constitucional de 1917, suprime el concepto (dadas con anterioridad al hecho) dispone: a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna. En Mexico la Jurisprudencia interpretando el artículo 14 Constitucional, confirma el principio de que en la actualidad, sí puede expedirse una ley retroactiva, pero no puede aplicarse en perjuicio de persona alguna. Así mismo se ha establecido 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.

## **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**
  - a) Norma formal y norma material**
  - b) Norma directa y norma indirecta**
- D). Teoría de la incorporación y función vinculatoria de la norma de Derecho Internacional Privado.**
- E). Orden Público**
- F). Calificación**

## CONFLICTO DE LEYES EN EL ESPACIO.

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

Miaja de La Muela(23) se refiere a la definición del derecho internacional privado y nos dice que nos encontramos ante una rama del derecho pobre en normas positivas, lo cual obliga a la especulación doctrinal a la realización de una intensa tarea que excede de las ordinarias misiones de interpretación y sistematización de las reglas vigentes cumplida por la doctrina en otras ramas jurídicas.

De este modo dá origen a grandes discusiones 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 indica que consta de un género próximo.- Derecho internacional- y una diferencia específica, determinada por el objetivo privado. Sobre este objetivo, es más fácil encontrar el concepto de una

(23) Miaja de la Muela Adolfo, Derecho Internacional Privado, vol. I. Introducción y Parte General, IV ed., 1966 Madrid, pp. 9-14-.

noción clara del Derecho Internacional Privado.

Pero esta indagación no nos conducirá a una solución positiva, en cualquiera de los sentidos que la palabra "privado" se emplea en oposición al Público dentro de la ciencia.

Jurídica, nos lleva a un orden de hecho o conceptos que muy difícilmente se podrían conjugar con la característica de internacionalidad que entra también en el concepto de la rama jurídica que nos proponemos a estudiar.

La clasificación del derecho en Público y Privado pierde completamente su sentido al ser aplicada al orden jurídico internacional.

No existe en él una bifurcación en dos ramas, sino que sus formas incluidas dentro del mismo, o sea dentro del Derecho Internacional Privado y las normas que las regulan han tenido una procedencia y una evolución muy distinta a los hechos y reglas que caen bajo el ámbito del Derecho Internacional Público. Desde hace más de un siglo el jurista norteamericano Story<sup>(24)</sup>

---

(24) Miaja de la Muela, supra, p. 10.

dió a esta disciplina el nombre con que actualmente la conocemos, no obstante que estaba dedicada al estudio de reglas integradas en el derecho interno de cada país. Y con esto podemos notar la tendiente separación del Derecho Internacional en dos ramas distintas.

Muchos de los juristas han admitido la existencia de reglas internacionales para regular el problema o problemas que formaban parte del Derecho Internacional Privado, pero ninguna de ellas ha podido sustraerse a la necesidad de exponer también las normas positivas de su legislación patria sobre tales problemas con una extensión mayor a la que se dedica a las leyes del país del escritor en las obras de Derecho Internacional Público.

Este fenómeno hace indicación, en lo que llamamos Derecho Internacional Privado, la nota de internacionalidad posee un cierto problema que impide tomarlo como punto departida.

**Materias que el derecho internacional comprende**

El razonamiento anteriormente expuesto nos lleva a la conclusión de que el método deductivo, que consiste en el examen del género próximo y la diferencia específica del Derecho Inter-

nacional Privado, no viene a ser la vía adecuada para poder llegar a un concepto adecuado. Intentaremos el procedimiento contrario 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 central en el Derecho Internacional Privado que para muchos autores es única, que es el conflicto de leyes.

Goldschmidt (25) nos hace la siguiente exposición para definir lo que es el Derecho Internacional Privado: "es el conjunto de las soluciones de las cosas iusprivatistas con elementos extranjeros, basados en el respeto hacia dichos elementos; la ciencia del Derecho Internacional Privado enseña las reglas y métodos para alcanzar estas soluciones. Para poder saber que 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

(25) Goldschmidt Werner, Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado, II. ed., edit. Europea. América 1952, pp. 29.30.



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.

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.

**Real:** el objeto litigioso tiene o tenía una situación en el extranjero. **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 elemento extranjero una reglamentación respetuosa con éste su elemento extranjera. 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 en cuanto a la ley que debe regirlas

Un español vende a un compatriota suya una finca situada en España, en contrato celebrado dentro de territorio Español; no puede haber duda sobre qué leyes debe regirse este contrato, puesto que las condiciones de forma y fondo del contrato y los efectos que pueda surtir éste, 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 cual 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 que ordenar y encua-

drar 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 que legislación va a serle 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 la engendra sea coincidente con el supuesto de hecho al que una norma señala determinadas consecuencias jurídicas; ahora bien, en el ejemplo propuesto estos son muy diferentes, según que sea aplicable a la legislación francesa.

En el conflicto de leyes existen, pues, doso 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 señale exactamente la ley aplicable, es decir, - mientras no se resuelva 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 sea 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 mismo 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 legislación 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 conflictos en algunos Estados Federales, ejemplos: en los Estados Unidos de Norteamérica, donde cada uno de los Estados integrantes de la Unión posee su propia legislación.

La posibilidad de conflictos dentro del mismo país, se deriva de la coexistencia de varias legislaciones, se ha dado también en los países que han logrado su unidad, liberando su territorio repartido en varias dominaciones extranjeras. Como lo fué en el caso de Polonia, que al recuperar su independencia al final de la primera guerra mundial, se encontró con cada parte de su te-

territorio regida por la legislación privada de los países dominadores.

Estos ejemplos, nos demuestran que la vidente analogía entre ambos tipos de conflictos no conduce 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 internacionales, aún admitida la existencia de normas precedentes de fuente internacional, 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 subditos de éstos.

Un cuarto tipo de conflicto de leyes son los derivados de una anexión territorial, aún en el supuesto de que el país anexo halla 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 anexionada nos encontramos en presencia de más conflictos originariamente internacionales convertidos en internos. Se 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 esta diversidad de problemas sobre conflicto de leyes viene a proporcionarnos la incógnita, de cuáles leyes serán a las que pueda dar cabida 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 los civiles y mercantiles no hay duda, pero es materia de controversia si caben dentro del derecho internacional privado, cuestiones penales, procesales, administrativas, laborales o fiscales. 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 la 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 realizó, sino la del foro. Del mismo modo ocurre en el derecho fiscal divergencia 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 al ley fiscal de otro Estado.

Los conflictos jurisdiccionales; todo juez ante quien se presentan una cuestión con algún elemento extranjero, antes de buscar en las normas de conflicto la fijación de la ley material apli-

cable al caso, tendrá que examinar otra cuestión: 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 objetivo, funcional y territorial, delimitan 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.

Niboyet (26) nos hace la exposición de una tercera categoría de conflictos; los denomina conflictos de autoridades: su punto de vista consiste en dar sustantividad al problema de la competencia internacional de un funcionario administrativo (notario, consul, etc.), para el otorgamiento de un determinado acto. Para los negocios jurídicos nos da éste, una regla de carácter general admitida: la de regir sus formas y solemnidades por la ley del lugar de su celebración (*locus regit actum*), pero en los actos en que interviene un funcionario Público no tiene sentido preguntarse qué ley ha de regir su

---

(26) Niboyet, citado por Miaja de la Muela, pp. 17-18-.

forma, puesto que no es posible aplicar más que una: la del funcionario que lo autoriza. A la regla *locus regit actum* para los actos privados, hay que agregar, respecto a los públicos, la norma, *auctor regit actum*, quedando pendiente dos cuestiones que integran lo que Niboyet (27) llama "conflictos de autoridades"; competencia de un funcionario para autorizar un acto público en el que está presente algún elemento extranjero y eficacia de un país de los actos jurídicos de carácter público celebrados en otro. Claramente puede percibirse el paralelismo que existe entre estos dos problemas y los de competencia internacional, de los tribunales y reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, que constituyen los temas fundamentales 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 denominación no son,

(27) *Ibidem*, p. 18.

conflictos en vigor, pero aparecen su planteamiento 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 consecuencia de tales problemas sean excluidos del campo del Derecho Internacional Privado.

El planteamiento del problema 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 territorialista.

Podemos decir que Inglaterra ha sido un país inclinado 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 mitigación por una *comity* o cortesía, explicación que con razón ha sido tachada de antijurídica.

Dicey(28) escritor de finales del pasado siglo, formuló una

---

(28) Dicey, citado por Miaja, pp. 1718.

tesis distinta, que ha sido aceptada favorablemente durante muchos años en la doctrina inglesa y norteamericana. 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 es reconocer y sancionar los derechos subjetivos que han sido debidamente adquiridos en el ámbito de aquella legislación. Tal es la forma de la famosa construcción de los derechos vertidos (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 es Pillet(29) quien, aparte de las cuestiones de nacionalidad y extranjería, distinguió dos momentos en el problema conflictual: el primero de creación, modificación o extinción de un derecho subjetivo, y el último referente al respecto de un país de los derechos regularmente adquiridos en otro, distinción que ha sido

---

(29) Pillet, citado por Miaja, p. 20.

**mantenida por varios juristas franceses y en especial Niboyet.**

**La tesis de Pillet, constituye una síntesis armoniosa entre la concepción continental de los conflictos de leyes y la británica de los vested rights, más que incompatibles, resultan así llamados a complementarse en una construcción armónica. En primer término, al tratar de crear una relación jurídica, judicial o extra judicialmente 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; trátase 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 existen dos 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 demás.

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 para 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 al que 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 del 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 mezclado con el derecho uniforme, lo cual implica que sean separadas ambos conceptos. En la actualidad no se requiere una especial justificación 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 consideraban 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 exceptuando a los juristas angloamericanos, proclamaba el carácter internacional de los problemas que el Derecho Internacional Privado tenía a su cargo y de las normas que los habían de resolver.**

**La mayoría de los juristas contemporáneos afirman que el Derecho Internacional Privado es una rama del derecho de cada país, al mismo modo que su derecho civil, penal o administrativo, y casi**



todos sus oponentes, adoptan un criterio ecléctico de admisión simultánea de fuentes internas e internacionales para el Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado tiene a los Estados 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, un determinado contenido a su Derecho Internacional Privado 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: a).- Derecho Internacional Privado y Público, emanan de fuente diferente, la del primero estatal y la del último supra Estatal. b).- También ambos ordenamientos tienen distinto destinatario: el Estado es el

sujeto de Derecho Internacional Público y los individuos del Derecho Privado.- 3).- La misma diferencia puede ser establecida entre los órganos jurisdiccionales que aplican uno y otro: el público, los tribunales internacionales; el privado, los estatales. 4).- el modo de funcionar la sanción es diferente en el Derecho Internacional Privado que en el Público, etc..

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

Existe una impugnación de 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 aspecto primero no son de todo convincentes las diferencias entre el Derecho Internacional Público y el Privado. La existencia de reglas externas en esta materia es fácilmente aplicable.

Cada Estado tiene su reglamentación en lo que respecta a su orden interno. Hay que distinguir entre normas de Derecho In-

ternacional Privado, que no son otra cosa que reconocimiento de principios inderogables de 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 y escasas las reglas internacionales de ius cogens que limitan la libertad estatal de regular estas materias según las conveniencias particulares de cada momento y lugar.

Otras diferencias señaladas por los nacionalistas entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público, es clásica la impugnación que hace Pillet(30) 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 Derecho Internacional, o que ante una jurisdicción internacional sean llevados asuntos de Derecho Internacional Privado, lo que descarta el argumento basado en la

(30) Pillet, *idem.* p. 26.

diferencia de sanción entre ambos derechos.

En materia conflictual se ha recurrido a las resoluciones diplomáticas y asuntos que ha tenido que resolver una jurisdicción arbitral o extinguido Tribunal Permanente de Justicia Internacional o el 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 cual sea aplicable. La mayor parte de los conflictos de leyes, el litigio versa sobre unos intereses 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 nos 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"(31)

(31) Miaja de la Muela, op. cit. p. 27.

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 limitaciones.

Es el orden jurídico Internacional el que viene a otorgar las competencias de cada Estado, de donde se deduce, que puede hacerlas con imposición de límites.

Los límites existen de hecho, pero tanto a las normas de conflicto de leyes de procedencia Estatal, como a las que regulan la nacionalidad y la condición del extranjero.

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 para 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 (32) nos hace los siguientes comentarios: dice que los partidarios del internacionalismo no encuadran al Derecho Internacional Privado dentro del Derecho de Gentes y tampoco se forman las reglas de conflicto a base de deducción formalistas partiendo de algunos principios generales de Derecho Internacional Público. Se considera al Derecho Internacional Privado como formando 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 a la intención de los legisladores estatales, ciertas reglas generales.

La norma de Derecho Privado Internacional dice Alfonsín Quintin(33) 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 remitirá al derecho que en definitiva se aplica a la relación.

---

(32) Evrigenis, citado por Miaja, p. 28.

La norma de Derecho Internacional puede señalarnos, que el derecho aplicable sea el del propio Estado o un derecho extranjero. Si se señala el primero, éste 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 aplicarse 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 vá 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 que responde a sus necesidades es el derecho supranacional. Las normas de este Derecho Privado Internacional Supranacional, deben ser materiales o directas, toda vez que, son

---

(33) Alfonsín Quintín, citado por Alfredo Enrique Tamayo Díaz, Tesis Profesional, Derecho Internacional Privado, 1968. p. 28.

ellos mismos los que proveen de derecho a la relación jurídica extra  
nacional, 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.

A). Normal Formal, Norma Material.

Por lo regular, las normas de derecho privado in-  
ternacional que están contenidas en los tratados internacionales  
tampoco revelan inequívocamente si se proponen deslindar la com-  
petencia legislativa entre los estados, partes del tratado, o si se  
proponen regular las relaciones jurídicas extranacionales (concep-  
ción privatista),

Si los tratados tuvieran normas de tipo estatuario, sabríase  
a ciencia cierta que se proponen deslindar competencias (34) y  
si tuvieran normas materiales (como las contenidas en el art. 5.  
del tratado de derecho vicil internacional de 1940, o en el art.

(34) Los artículos 3, 4, y 5 del Código de Bustamente se refie-  
ren a "Leyes" pero con propósito meramente sistemático, ci-  
tado por Alfonsín Quintín, Derecho Privado Internacional  
Montevideo, 1955, p. 312.



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 continen normas de tipo savigniano, que dejan la duda pendiente.

Nos expone Alfonsín, 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); o 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 y las expone así Alfonsín:

Normas formales: cuando las normas tienden a deslindar la competencia entre las leyes de diversos estados, se refieren, a las leyes y establecen el ámbito en que son competentes, ejemplo: las leyes concernientes al estado y a la capacidad de

las personas rigen a los franceses aún cuando residen en país extranjero (código civil francés, art. in. 3).

Esta norma es formal porque, en lugar de regular la relación, se reduce a conferirle competencia a una ley; además responde a la teoría de los estatuarios, quienes parten de una clasificación de leyes, se dedican a resolver estos problemas

**Norma Material:** cuando las normas de derecho internacional privado regulan las relaciones jurídicas extranacionales 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 relación, como el art. 130, inc. 2, del código civil uruguayo, el que dice "Los que se hayan casado en país extranjero y pasaren a domiciliarse en la República, se mirarán como 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 materia-

les y directas son exclusiva de la concepción privatista .

B).- Norma Directa, Norma Indirecta .

Cuando una norma es directa , su disposición se aplica directamente a la relación . Ejemplo: si una norma establece: "Los contratos extranacionales pueden contener cláusulas oro" . Esta disposición opera directamente sobre el contrato declarando válida una de sus cláusulas . Si existiese 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 es indirecta 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 celebrados en el exterior y que pasan a domiciliarse en la República se mirarán como separados los bienes" ., etc.(35) . El matrimonio será universalmente válido (35) Código Civil Uruguayo, art. 130, in. 2, ibidem. p. 367.

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 consanguineidad o afinidad,, sea legítimo o ilegítimo; c) parentesco entre hermanos legítimos o ilegítimos; d) haber dado muerte a uno de los cónyuges ya sea como autor principal o como cómplice, para casarse con el cónyuge superstite; e) el matrimonio anterior no disuelto legalmente)(36) 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(37), etc.

Normas Formales e indirectas: La norma formal es cuando le confiere competencia a tal o cual derecho privado nacional, "como es competentes para regular la capacidad de la ley domicilii" Es competente para regular los contratos la *lex loci solutionis*". Estas normas formales corresponden a la concepción clásica del derecho privado internacional.

(36) Tratado de derecho civil internacional en 1940.- art. 30.- in. I., loc. cit.

La norma es indirecta, cuando su disposición se limita a señalar tal o cual derecho privado nacional en que 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 solutioni*, - 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 individuar la norma de derecho privado internacional aplicable al caso.

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

Quando 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.

(37) Tratado de derecho Comercial terrestre internacional de 1940, art. 30, in., l. loc: cit.

D). Teoría de la incorporación y función vinculatoria de la norma del Derecho Internacional Privado.

La idea de normatividad del derecho puede presentarse al considerar que es su pretensión social, mover a quienes le están sujetos a obrar en un sentido determinado, obligándoles a hacer o dejar de hacer aquéllo 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. Dice Tomás de Aquino que la ley importa estas dos cosas: una regulación de la conducta humana y una fuerza coactiva. (38) Estas características señaladas son consideradas esenciales por juristas de las más diversas épocas y de todas las distintas escuelas. Del Vecchio señala como caracteres del derecho: en sentido objetivo la generalidad, la imperatividad y la coercibilidad. (39) 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 establece que va implí-

(38) Summa theologiae, I, II Questio XCVI-arts. V.

(39) Filosofía del Derecho, traducción de L. Recasens, Barcelona, 1919, tomo I p. 89).

cita en el concepto del derecho. (40)

Habremos de considerar caracteres esenciales del derecho, sea normativo y su coercibilidad; esto es, una regulación de la actividad humana y la fuerza coactiva que sanciona 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 contínuamente presentes estos dos caracteres, no solo en si 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 dimanar 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 con-

(40) Lezioni di filosofia del diritto. tomo III, pp. 162-y-189.

tiene.

Ahora bien, esta actividad específica del Estado que es el derecho, es una actividad que requiere autonomía, esto es, el Estado debe determinar libremente su derecho. Este es postulado y consecuencia de la soberanía del Estado, no entendida como un poder sin límites, sino como 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 solo le permite apreciar la actividad del Estado desde el punto de vista jurídico.(41).

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. Este límite es el territorio que generalmente se describe como aquél espacio geográfico en que el Estado puede realizar sus específicas actividades, o como lo llama Zitelmann, el escenario del poder de autoridad(42).

---

(41) Jellineck, *Letat moderne*, p. 252.

(42) *Int. priv. R.* p. 91.



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(43). El territorio es el ámbito espacial de validez del orden jurídico de un Estado. 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.(44).

De esta limitación necesaria al poder del Estado, a sólo en ámbito territorial y del doble significado señalado por Jellinek en el capo 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  
(43) Teoría General del Estado, tomo II, pag. 18. Ed. Madrid.  
(44) Teoría General del Estado, Madrid, 1934, p. 181.

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 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 al deber jurídico. No puede concebirse el 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 como resultado de situaciones de hecho, ajenas y aún contrarias al Derecho de Gentes.(45) Dentro de ese 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 caracter esencial por lo que al dejar de ser coercible deja de ser derecho.

(45) Armijon *Precis de Dr. int. pr.* 1927, libro II, cap. I.

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 la aceptación 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 delimitante 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. (46)

Tales conceptos deben ser revisados yendo hasta 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

---

(46) Teoría General del Estado, edit. Madrid, pp.183 y 184.

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 Estado y Derecho, presentando al Estado como una idea desprovista de significado y de valor, como una idea desprovista de toda realidad objetiva, dependiente del derecho, para esto recúrrase a una tautología como es ésta: "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, admitido 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

tada al espacio geográfico territorial, resulta limitada por una razón de hecho, el ámbito espacial de validez del orden jurídico. (47).

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 dimanadas de estados extranjeros.

Al dejarse fundada la territorialidad del derecho en sus propias características de normatividad y coercibilidad, no se pretende ni desconocer ni sacrificar sus otros caracteres esenciales que, en algunos casos han pretendido ponerse en juego para supe-

---

(47) Critique de la science juridique pure chez, Kelsen, in "acta congressus iuridici internacional" Vol. V. Roma 1937. pp.421.

perar la territorialidad.

Pillet presenta como característica 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(48).

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(49) 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 todos de las leyes para que éstas puedan re-

(48) Ant. Pillet. traité pratique de Droit, int. privé. Paris, 1923, tomo I, pp. 102 y 103.

(49) Ver ad. Rová.ob.cit. tomo III, p.180, G. del Vecchio ob. cit. p. 89. vol. I.

putarse como tales.

La ley es esencialmente mudable en el tiempo y en el espacio. Ni siquiera el derecho natural ha tenido pretensiones de inmutabilidad.(50). Esto nos lleva a aceptar 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 y en el concepto internacional del poder limitado estatal.

Demostrada la territorialidad del derecho, deducida de sus mismos caracteres fundamentales(51), se puede llegar a afirmar:

- a) En el territorio de un Estado sólo es derecho el que de ese Estado dimana.
- b) El derecho de un Estado, no puede pretender por su propio valor, tener vigencia normativa en el territorio

(50) Ver Carlo Esposito. "La validità della legge". Paduca, 1934; Donatti, "Irretroattività della legge. En cuanto a la mutabilidad del derecho natural ver: Santo Tomás Theológica, Question XCIV, arts. IV.

(51) Pierre Louis Lucas, "El empriance territorialite du droit" en Revue critique de Droit International, París, 1935, pp.635 y 661.



de otro Estado; y

- c) No puede admitirse en 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 territorialidad, parece a primera vista, que se elimina toda posibilidad de protección jurídica a las relaciones internacionales del comercio y de vida humana. Mas 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 valor y necesariamente de existir, en el campo del derecho, todas las conse-

cuencias. Ningún estado puede ligar consecuencias de derecho a actividades humanas realizadas fuera de su territorio, ya que tal actividad solo 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, que 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(52), 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 sola razón de la limitación territorial del orden jurídico al amparo de cual tuvieron lugar. Los resultados que se

---

(52) F. de Vitoria. Prima Relación de los Indios, 3a. parte. 2, 3 y 4.

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 presente la necesidad de recurrir a derechos de diversos 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 tí que oponga las leyes de su pueblo, a título de tus parientes más próximos, ¿Quién querrá oponerse a su demanda?, preciso será que oponga excepciones con las leyes de Egipto, probando que conforme a ellas no tienen sobre tí autoridad ninguna.

En tanto que la actividad humana rebase los límites territoriales de un Estado, y el hombre y sus bienes pueden salir de un país para entrar a otro, se encuentra planteado frente al derecho el problema que para tales situaciones plantea la territorialidad del derecho.

La vida tal 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 protección indispensable. Resolver esta aparente imposibilidad 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 continua dar valor al derecho más allá de sus límites naturales de validez.

Toda la evolución doctrinal del derecho internacional privado tiene en primer término, una sucesión de intentos para - plantear y resolver este problema fundamental. Unas veces se busca que la norma queha creado la relación de derecho la siga suponiendo que la relación sale del territorio, se pretende que el derecho creador, fuera de sus límites para que continúe protegiendola; otras veces se pretende que el derecho del Estado que va a juzgar esa relación, se crea facultado 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 aplicación 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 problema, buscan una solución adecuada apoyándose en métodos en boga.

Dargentré, 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 su época contra el aislamiento feudal, piensa en las necesidades 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 principales 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(53),

Por una parte encontramos la tesis que pretende superar total o parcialmente la territorialidad del derecho, de otra las que pretenden evitar sus consecuencias recurriendo al derecho de

---

(53) Trigueros, La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado, Mexico, 1938.

gentes y por último las tesis 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 y 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 afinidad 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 substituya 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 subditos vaya con ellos como algo de la propia naturaleza de los mismos, siguiéndoles, ordenando su conducta normando su actividad y su vida, imponiendo sanciones, todo esto donde quiera que se encuentren, con lo que llegan a plantear el problema que se analiza no como una antinomia 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 cau



sa la hipotética duplicidad de la soberanía, ya que se dice que: cada Estado está llamado a regir su propio territorio y sus súbditos (54) entendiéndose por súbditos unas veces a los nacionales y otras a los domiciliados o avecinados 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 llamados elementos de la 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 o 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

---

(54) Ver: Pierre Louis Lucas: "L'imperieuse territorialité du droit" en Revue critique de Dr. Int. 1935, p. 636.

incurren al defender sus puntos de vista en la solución de los problemas particulares, pero estos nos desvía 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 de piedra angular a toda la construcción de la teoría de Frankenstein, el más moderno y probablemente el autor que con mayores alcances 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 esta

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 de mando, sino un solo. 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 puedan pretender dictar normas de conducta sobre la actividad de que los hombres realizan fuera de 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(55).

Para Frankenstein cada norma jurídica como la conducta del

---

(55) Frankenstein: "Tendances nouvelles du Droit internationale privé", en Recueil des cours de L'Académie de Droit - - international, tomo 33, 1930, III, p. 246, y siguientes.

individuo para que fué creada, donde quiera que esta se encuentre, sin tomar en cuenta los límites territoriales, apoyándose en la formación sociológica del derecho.

Para este autor, el derecho 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: en cuanto a sus relaciones con las cosas, por un motivo de sola conveniencia práctica; cuando su propio sistema de normas le sujete a un ordenamiento diverso: y 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 sólo, se realiza por el empleo de la fuerza material de que dispone el soberano del territorio, pero notando que la obligatoriedad de la norma jurídica deriva 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 inadmisibile 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 autor 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 sola afirmación de este autor en el sentido que para un individuo extranjero solo es derecho su derecho "debiera haber llevado

el autor a una revisión del concepto en que se funda para decirlo"(56).

De mayor actualidad y reforzada por esfuerzos internacionales 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.

Este autor, parte, con acierto incontrovertible, afirmando que el problema de derecho internacional privado es una consecuencia ineludible de la coexistencia de diversos Estados soberanos. Hemos visto antes la verdad de esta afirmación.

Sin embargo, en esta tesis, se pretende que la actividad de los estados regulada por el derecho internacional público, limite su acción legislativa permitiendo la aplicación de leyes extrañas u ordenándola.

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

---

(56) Pacchioni, ob. cit. p. 82.

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 legaciones 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. Algunas convenciones internacionales se han estudiado desde un punto de vista doctrinal las reglas que deben proponerse. Otras han ido más allá tratando de resolver el problema por la formación de tratados colectivos conteniendo normas que deberán seguirse por las diversas naciones contratantes. Pueden citarse como ejemplo de los tratados de mayor eficacia, el de Ginebra sobre las letras de cambio y el de la Habana en que fué presentado el código llamado "De Bustamante" que contiene una serie de disposiciones sobre aplicación de leyes y sobre otras materias.

Para poder apreciar debidamente esta tesis, no podemos li-

mitarnos solo a ver su aspecto teórico, sino que, sin descuidarlo, hemos de ver también sus resultados prácticos.

La formación teórica de esta tesis es presentada en formas variadas. Por el interés y la actualidad de ella, creemos conveniente tomar los datos más salientes de las diversas exposiciones para analizarlas separadamente y poder dar así una opinión fundada sobre la tesis en 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 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 superestatal ya que sus normas, determinan la competencia de cada Estado para regularlas relaciones jurídicas entre particulares. Estas normas corresponden a un derecho superior al derecho de cada Estado, es decir, al derecho internacional, en contraposición de aquellas que no trascienden de la esfera de acción de cada Estado. No es posible que



el derecho internacional privado pueda depender de la determinación arbitraria de cada Estado 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 determinarse conforme a la naturaleza de la materia regulada, así como a las relaciones internacionales y al respecto debido a las soberanías de los demás estados(57).

Cavaglieri toma una posición análoga, sólo que ya llegando hasta las más modernas ideas sobre la calificación internacional. Este autor afirma: "el derecho internacional 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.

---

(57) *Theorie und Praxis des internationalem privatrechts*. Hannover, 1889, el Italiana, Turin, 1915, Pacchioni, ob. cit. p. 32 y s. E. Trigueros "la evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado" pp. 77 y siguientes.

En cuanto a la positividad de la costumbre se afirma que aún cuando ha tenido un desarrollo escaso, se han aceptado ciertos principios fundamentales 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 una 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(58)

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. El conferir tal poder, es manifestación del poder soberano sobre aquella entidad sobre la cual el derecho subjetivo atribuye al particular un poder jurídico, lo que presupone de parte del Estado un corres-

(58) Lezioni di Diritto Internazionale Privato, Nápoles, 1933, pp. 46 y 54 en el capítulo "Fuentes del Derecho Internacional Privado".

ponente 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 una consecuencia de lo anterior resulta que puede atribuir o permitir un derecho privado subjetivo, con eficacia internacional, sólo la ley de aquél 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 deberían ajustar su legislación interna(59).

Como características comunes puede verse en las diversas

---

(59) Su obra fundamental: Internationales privatrecht, Leipzig, 1879. En relación a su obra pueden verse: Betti, Ernst, Zitelmann e Il problema del diritto internazionale privato, en Riv. di. dir. int. 1925, Roberto Ago. Teoría General del Diritto Internazionale privato, part. gen. p. III. y siguientes.

exposiciones que citamos la aceptación unánime de las causas del problema: coexistencia de Estados soberanos y necesidad de garantizar la protección jurídica de los intereses de los particulares 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 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(60)

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

---

(60) Pueden verse tratados estos aspectos en mi estudio "La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado".

aplicar.

Este punto presenta todo 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 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 Estado como ente y como ordenación jurídica, que debe encontrar en sí mismo el propio fundamento jurídico(61). 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 con-

(61) Roberto Ago. "Teoría General del diritto int" pr. p. 63.

aplicar.

Este punto presenta todo 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 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 Estado como ente y como ordenación jurídica, que debe encontrar en sí mismo el propio fundamento jurídico(61). 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 con-

(61) Roberto Ago. "Teoría General del diritto int" pr. p. 63.

trarias, lo que reduce la impotencia 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 público 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 norma interna que se presupone inferior. La ilógica inversión de valores en notoria, por lo que nos vemos obligados a concluir de acuerdo con la dogmática(62), no es un derecho subjetivo, ni admite limitaciones complementaciones derivadas del derecho superior alguno.

Sólo para dar una impresión completa de la falta de realidad y de sentido de la tesis, conviene ver las bases substanciales

(62) Perassi. Teoría dogmatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale privato, en la revista di diritto internazionale, 1917, p. 7.

en que los internacionalistas apoyan el contenido del normativismo superior.

Bon 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 de 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 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 insolubles problemas de coexistencia. Sería preciso igualmente que dos normas internacionales tuvieran un

valor absoluto, comprendiendo a todos los Estados, siendo indenun-  
ciables. De otro modo se tienen soluciones diversas según que la  
ley aplicable derive o no de un Estado contratante, o que la con-  
vención esté o no vigente. Es también indispensable que las re-  
glas internacionales sean claras y que contengan referencias téc-  
nicas y terminología aceptadas universalmente, ya que de otro mo-  
do la interpretación y aplicación de las reglas será distintas en ca-  
da lugar, nulificando el fin perseguido.

Después de presentar estas consideraciones, Frankenstein,  
agrega que como estas exigencias no son, a su juicio realizables,  
en la actualidad, estimo no sólo prematuro, sino nocivo, todo in-  
tento hacia la creación de convenciones internacionales dice  
Trigueros(63)

Agrega Frankenstein la esperanza en que un día surja el de-  
recho internacional que reglamente la aplicación de leyes extrañas  
esperando que los principios científicos sean aclarados de tal modo  
que se impongan por su verdad en todas las partes. Estaríamos de

(63) Las tendenses Noruvella de droit. int. privé Recueil de curs  
de L academie we droit international, tomo 33, p. 270.

acuerdo con él si el derecho fuera 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 de los alquimistas que buscaron 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 cercada 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.

No vamos a ocuparnos en el análisis de las diversas manifestaciones de las tendencias internistas, porque sería desviarnos de nuestro objeto, ocupándonos tan sólo en analizar la tesis de la incorporación del derecho extranjero en que en la actualidad puede considerarse resumidas las principales teorías internistas. (64).

La teoría de la incorporación no pretende como la teoría de la personalidad o 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.

---

(64) Ver sobre esto: "Evolución Doctrinal del D.I.P."

Invirtiendo las posiciones adoptadas por la 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 plantearse 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 presenten, acudiendo al medio específico de que el Estado dispone a su propio ordenamiento jurídico.

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(65)

(65) Pacchioni, obra citada, p. 112.

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 antesmencionada, vendría a presentar como consecuencia de esta 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(66)

La incorporación se realiza por una verdadera y propia inserción en el ordenamiento propio de aquéllas normas (extrañas)

(66) Pacchioni, obra citada, p. 115 y 116.

con el significado y con el valor de ellas tienen en el sistema para el cual se han dictado(67)

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 regulan 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 designando como fuente de su propio orden, para dar juricidad a las normas emanadas a aquella fuente(68).

Resultaría así, la gráfica expresión de Chiovenda(69) que el órgano del Estado aplica el derecho extranjero, pero como derecho nacionalizado, no como derecho extranjero.

En estos casos la tesis de la incorporación apoya la validez del derecho incorporado en el propio valor del sistema jurídico in-

---

(67) Roberto Ago, *Teoría del diritto internazionale privato*, Padua, 1934, p. 12.

(68) Roberto Ago, *loc. cit.*

(69) Chiovenda, *principi de diritto processale civile*, Nápoles, 1923, p. 303.

corporante 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 de 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 aplica hablando de integración de las leyes extranjeras en el cuadro de la legislación nacional.(70).

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

---

(70) Ver sobre esto el estudio de Pierre Wigny. *Essai sur le droit international privé américain*. París 1932, pp.176 y sig.



piamente tal como una consecuencia de la acentación 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 no puede presentarse un conflicto entre varias leyes. Para el órgano de un Estado sólo hay una ley aplicable y es la que deriva del Estatomismo, incluyendo en ellas las normas extranjeras incorporadas.

Tampoco puede pensarse en la limitación de las normas - substantivas del derecho interno, aún cuando dimanen de fuentes distintas, pero no en 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. (71)

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

---

(71) Para una exposición y refutación más amplias de estas ideas, Ver Roberto Ago, ob. cit. pp. 96 y siguientes y mi estudio "La evolución Doctrinal del D.I.P." pp. 147 y siguientes.

sus aciertos fundamentales.

Podemos ver en ella un sistema dogmáticamente correcto y técnicamente posible, para hacer que la norma jurídica íntegramente que un sistema de derecho pueda venir a ser norma jurídica en otro sistema. 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 como 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: (72). de aquí Frankenstein incluye la necesi-

sus aciertos fundamentales.

Podemos ver en ella un sistema dogmáticamente correcto y técnicamente posible, para hacer que la norma jurídica íntegramente que un sistema de derecho pueda venir a ser norma jurídica en otro sistema. 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 como debe ser celebrado el matrimonio en Noruega entre un Girego 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: (72). de aquí Frankenstein incluye la necesi-

ria 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 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 porque 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 está territorialidad del orden jurídico, tiene como consecuencias 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 mis-

---

(72) Une doctrine moderne du dr. int. Pr. Revue de Dr. Int. Pr. 1932, p. 49.

mas limitaciones de los 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(73).

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 el 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 necesario territorialidad no puede regirlos.

Este acto, que es jurídico y que tiene consecuencias jurídicas sólo para realizar la hipótesis prevista por la norma que rige en

---

(73) Roberto Ago, ob. cit. p. III.

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, es el derecho viene a ser un hecho y su existencia puede ser factor en la hipótesis que la misma ley, u otra ley, considere como condición de un nuevo derecho. (74), 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 trasladarse, ya que no ocupa lugar.

---

(74) Summary an treatise on conflicto of Louds, parrafos 2,4, y 5.

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 lenguaje, nos llevan con frecuencia a admitir razonamientos fundados en el equívoco que produce el empleo indebido de tecnicismos jurídicos, con significación de cosas o de actos que suceden.

Es cierto que una relación jurídica, una situación 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 acontecimientos condicionantes de una norma, con las situaciones jurídicas que presupone. Es preciso proceder con toda pulcritud lógica en este punto, ya que, precisamente esta relación entre situación jurídica concreta 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 pro-

blema 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 trascendentales consecuencias no sólo para la resolución de los problemas técnicos específicos, sino también frente a las soluciones 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 pirámida nos lleva por sí solo 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. 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 puedan 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 reguladora 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 el 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 afectividad jurídica extraterritorial de la norma individualizada y que ha hecho pensar a Zitelmann, en la protección internacional del derecho subjetivo que no es otra cosa

que el poder jurídico individualizado.(75)

No creemos necesario referirnos de nuevo a la idea de Zitelmann que hemos examinado antes. En cuanto a 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, 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 in-

---

(75) Sobre este punto son esenciales los estudios de Adolfo Merkel. Ver Enciclopedia Jurídica Edición Madrid, 1925, 101 y siguientes.

corporación 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 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.

No podemos olvidar 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(76). 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.(77).

(76) Hans Kelsen, Teoría General del Estado, ed. Madrid, 1934, p. 327, afirmaciones idénticas pueden encontrarse en Merkel, en Verdross, etc..

(77) Pueden verse sobre este punto las obras de Merkel ya citadas y las obras de Kelsen, en particular "La Teoría pura del Derecho"; Madrid pp. 47.

al primero no tiene el carácter de autoridad, puede igualmente incorporar la norma jurídica individual o concreta.

Esto no implica la incorporación total del sistema de derecho del que la norma concreta forma parte originalmente, como tampoco la incorporación de la norma abstracta implica la incorporación de las normas de que condicionan su validez. 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 ilógica(78).

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 particularizaciones que la hayan producido, con todos los ingredientes que la hayan formado, pero ya

(78) Sobre este punto habrá de insistirse al explicar determinada-mente el efecto de la norma del D.I.P. en la obra, en preparación sobre la Teoría General del Derecho Internacional Privado.

en su aspecto concreto.

Es indudable que esto implica una referencia necesaria a los antecedentes de hecho y de derecho de la norma concreta. Ha bráque ver si los hechos probados han sido los que pudieron producir la concreción o 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 abstracta que sólo puede ser tal cuando se encuentra ligada en una relación lógica formal con la norma fundamental. 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.

Desmotrada 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 jurídico, afirmada la posibilidad técnica de la inserción de una norma extraña en el derecho propio, no hay razón para detenernos en la incorporación de solo 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 forzadas e ilógicas. Encontramos soluciones de este tipo en la doctrina 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, insertar 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 en regulación de actos que las partes realicen buscan la producción 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 considerada 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 referida a la norma abstracta y cuando a la norma individual o concreta, no es ni puede ser un problema de exégeticasino de teoría general, en tanto que aquellas normas de aplicación que se refieran a leyes extrañas para apreciar actos ejecutados fuera del territorio, del orden incorporante, nopueden referirse a normas abstractas, pues como hemos visto tal referencia nos lleva a una solución sin sentido lógico y contraria a los más esenciales caracteres 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 llevarían necesariamente al conocimiento de la norma de incorporación.

#### E). 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 corresponda 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 todos y cada una de los Estados de la región pero hay la posibilidad de que la norma regional se remita a una rama estatal y sea material-

mente substituida por ella si se cumple el axioma que nos preocupa. Dicho de otra forma: es posible que la norma de un E<sub>s</sub> tado cobre vigencia regional por reflejo de la norma regional, siempre que se cumplan las exigencias de unidad y permanencia que se expusieran.

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

El norma estatal N, desplegando el principio, será la aplicación normal y excluye en todos los E<sub>s</sub> tados comprendidos en la región, incluso en el propio Estado de la ubicación del bien. Es natural, que contemplada desde el interior de ese E<sup>S</sup>-tado, dicha norma sea excluyente dentro de fronteras y presenta, por tanto, el rasgo característico del orden Público: y como en esa condición excluyente, 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 terri-

toriales 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, normal acompañada por tanto de efectos extraterritoriales, y una territorialidad exclusivamente excepcional que interviene para realizar los efectos normalmente extraterritoriales, de las leyes naturales territoriales, o naturalmente extraterritoriales. Pero solo a la última especie de territorialidad corresponde llamarla de orden Público.

Por nuestra parte, dice Alfonsín Quintín, estamos convencidos (79) de que esa distinción es fundamental para establecer el concepto del orden Público, es decir, su verdadera esencia y naturaleza.

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 con-

cepto, 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, 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, es de vigencia regional y sistemáticamente internacional, 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 al 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 Quintin: " que el orden público es estatal por estar su vigencia limitada, jurídica y prácticamente, por las fronteras del estado"(80)

Tradicionalmente el orden público ha sido territorial y la historia nos los confirma, puesto que durante el período estatuario, todas las leyes que responden al concepto actual del ór---

(80) Quintin, op. cit. p. 227.

(81) Savigny loc. cit.

den público fueron estrictamente territoriales. Un ejemplo tenemos: los estatutos de Barto prohibitivos, Los de sus sucesores y algunas denominaciones reales. Solo 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(81) que para afirmar que el derecho estricto de la soberanía podría, sin duda ordenar a todos 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, Savigny se apoya 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 él, que hay en cierto número de leyes que son absolutamente obligatorias, y debido a

su fuerza imperativa particularmente energica, 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.

Quintin dice que el orden público está siempre formando parte de la *lex fori* que es estatal. El orden público al aplicarse siempre se debe buscar en la 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 contradijo 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 transito 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.

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 ley territorial (en lo teórico) y *lex fori*(en lo práctico).

El orden pública cada vez que funciona lo hace por obra del estado y mediante la *lex fori* que interviene prácticamente defendiendo el orden jurídico estatal.

Nos expone Quintin 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(83).

Se pregunta Quintin: ¿el orden público es relativo al derecho privado internacional, o sea, sólo existe en tanto se refiera a un derecho privado internacional preexistente? El orden público, como férmino o como un fenómeno, está condicionado en su existencia, en su contenido y en sus caracteres principales por el derecho privado internacional(84)

El derecho privado internacional debe ser anterior por participar de un orden jurídico 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 habrá orden público porque no tendrá objeto; pero si un derecho exterior intentara 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 ---

---

(83) Quintin, op. cit. p. 249.

(84) Ibidem, p. 251.

público debe conocer el derecho privado internacional para amoldar a él su reacción, el estado no puede tener un orden público igualmente aplicable a todos los derechos regionales.

Cuando se dice que el orden público es relativo al derecho privado internacional es referirnos al orden público internacional, El orden público interviene frente al derecho privado de cada estado y frente al derecho privado internacional. Ante lo anterior 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(85) nos habla del orden público y se apoya en los comentarios que hace Pillet (86) sobre esta materia. Dice éste último autor, que las leyes de orden público son, precisamente, las leyes que deben ser generales para que no dejen de cumplir su ob-

(85) Niboyet, Principios de Derecho Internacional Privado, II ed., edit. Madrid, 1965, p. 382.

(86) Pillet, obra citada por Niboyet. p. 384.

ieto social.

Afirma Pillet (87) que no existen leyes generales, de una parte, y leyes de orden público de otra; ambas son la misma cosa. Cuando una ley es general, es que es de orden público, y cuando una ley es de orden público, es que tiene que ser general. Cuando se 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. 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. Podemos ver que se trata de una ley general y no hay que contradecirla.

El juez italiano aplica una ley que es la ley normalmente competente. Asienta Pillet (88), 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

(87) Loc. cit.

(88) Loc. cit.

carácter normal absolutamente de la competencia, esta son las características de la doctrina de Pillet.

Niboyet(89) hace la siguiente crítica a Pillet: dice 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 dos a quien se aplica, cuando toda igualdad desaparece la presunción desaparecerá con sus dos consecuencias; ya no habrá derecho de gentes ni reglas de solución de conflicto de leyes.

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 conflictos de leyes.

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

---

(89) Loc. cit.

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 paraproteger 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 si.

Niboyet (90) 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 (divorcio, pensión alimenticia reclamada por el hijo adulterino, etc.), un mínimo de equivalencia de legislaciones. Si se va más abajo de ese mínimo, ocurrirá la falta de interpenetración jurídica. Ejemplo: un Belga solicita el divorcio en Francia, no hay razón para negárselo, ya que los franceses tienen la misma opinión que 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

---

(90) Niboyet, op. cit. p. 390.

n dicho país tiene una base confesional, mientras que en Francia está fundado sobre una idea de orden puramente civil. No al nuestros principios exigiesen la aplicación de la ley extranjera) no viene a ser otra cosa que una excepción, que deberá limitarse lo más posible y que esté acorde con la finalidad que se pretende conseguir,

Nos cita un ejemplo Savigny (91) y expone un individuo pertenece a un país donde pueden contraerse varios matrimonio sin que ninguno de ellos haya sido disuelto. Este individuo, no podrá casarse por segunda vez 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 comunidad jurídica entre las leyes en conflicto.

Las relaciones jurídicas entre Estados supone la existencia de un cierto número de aspectos comunes, una comunidad de derechos, consecuencia de un grado de civilización, nos lo expresa Bartin, y sigue diciendo que entre un país de civilización adelantada y ---

---

(91) Savigny, ob. cit. por Niboyet, p. 386.

otro de civilización rudimentaria, no puede existir comunidad de derecho 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 Internación 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 (92).

La presunción de comunidad internacional, cuyas reglas de Derecho de Gentes y de conflictos de leyes no son más que las consecuencias, descansa simplemente en la igualdad de civilización de los Estados.

---

(92) Bartan, citado por Niboyet, p. 387.

La noción de orden público es bastante inestable para que se le pueda identificar con la de la ley general. Es preciso en Derecho Internacional Privado, reservar un amplio margen a la noción de orden público, porque únicamente esta noción es la que puede conducir a soluciones 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 remedio 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 (93) la ley local es una ley de competencia normal. Niboyet cree por el contrario, que convendría adoptar el punto de vista opuesto. En la ley extranjera lo que es aplicable, se neutraliza su acción en la medida necesaria para impedir el mal social.

Savigny (94) nos hace también una exposición bastante

---

(93) Pillet, citado por Niboyet, p. 384.

(94) Savigny, loc. cit.



profunda sobre el tema del orden público y nos dice que: ciertas leyes por su naturaleza especial, no admiten la independencia de la comunidad de derecho entre diversos Estados. Ante la situación de estas leyes, el juez debe aplicar, únicamente el derecho nacional o sea su propia ley, aún cuando nuestros principios exigen la aplicación del derecho extranjero.

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 orden 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 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 satisfacto-

ria. 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.

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 garantizan la realización de los fines del Estado, o bien, aquéllas disposiciones que tienden a la realización del bien común.

Trigueros afirma, que si una norma incorporada va 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 su puede incorporar.(95)

En el caso anterior la norma no se incorpora, porque esa

(95) Víctor González González, La Doctrina de Trigueros y el Derecho Internacional Privado, Tesis Profesional, 1968, pp. 118-119.

norma si se incorpora, modificaría el sistema incorporante. Pero en caso de que esa norma extraña en verdad no modifique el derecho que incorpora, sino que lo adicione o complemente, de este modo si se insertará 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 cumplimentación y llegasen a modificar al sistema que incorporan, se convertirá la norma extraña e ineficaz por que contraviene al orden público.

#### F). Calificación:

Es la determinación de la naturaleza jurídica de una institución. Este problema afecta todo el ordenamiento jurídico, no solamente en lo que toca al Derecho Internacional Privado.

Si se va a 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 incorporarla a nuestro orden jurídico nacional para que se efectúe la cumplimentación normativa de nuestro sistema jurídico y cumpla con su función, o sea, el cumplimentar nuestro Derecho.

¿Deberá hacerse la calificación de acuerdo con el sistema extraño o con el derecho del juez que incorpora? Trigueros (96) 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 conforme a las normas extranjeras se caerá dentro de una petición o principio, 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.

Caicedo Castilla (97) dice que: el sistema predominante es el de la Lex Fori, por las siguientes razones: a) La calificación de la relación jurídica 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 fisológico.

(96) Trigueros, citado por González González, tesis profesional, Derecho Internacional Privado, Mexico, 1966, p. III.

(97) Caicedo Castilla, citado por Gonzalez González p. 112.

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.

b).- Es imposible 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.

Trigueros(98) dice que cuando se incorpora una ley a un sistema propio, no se trae al sistema propio todo el derecho extraño, 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.

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

98) Trigueros, loc. cit.

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 (99) nos hace una explicación bastante amplia de lo que es la calificación: la calificación no es otra cosa que la naturaleza jurídica de una institución. Para la aplicación de una regla de Derecho Internacional, 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.

Casi en todos los Estados existe una uniformidad en cuanto a las reglas de conflictos 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 la capacidad a otra; sino que, es necesario precisar lo que debe entenderse por forma y ca-

---

(99) Niboyet, op. cit. p. 344.

dirección, y la ley aplicable será la consecuencia. Ejemplo: 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. 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.

Veremos ahora la manera de determinar la calificación, primero según el derecho común y después conforme a los tratados.

Niboyet (101) 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.

(101) Ibidem, p. 347.

Hay la necesidad de consultar de hecho la *lex fori*, de lo contrario no se llegaría a solución alguna. Veremos como ejemplo, el testamento de los súbditos holandeses. Las leyes francesas y holandesa dicen la misma cosa. Para la forma de los actos se aplicará la ley del lugar donde se celebran; 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. Es exclusivamente él 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. Desde el punto de vista doctrinal nos dice Niboyet(102) es perfectamente legítimo que el juez no pueda nunca consultar más que la *lex fori* para las reglas de solución de conflictos.

Para resolver un conflicto de leyes es necesario hacer dos

(102) Ibidem, p. 349.



operaciones: primero, dar una definición para después, hacer una calificación: el fin de la calificación consiste solo 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 caeremos en la remisión.

Froland(103) 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, en donde las sucesiones se someten a la ley de la situación, se acepta, en realidad la calificación americana, si las sucesiones en E. U. 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 necesariamente. Cuando una ley extranjera resuelve un conflicto de leyes en forma distinta a como ha sido resuelto en nues-

(103) Froland, citado por Niboyet, p. 350.

tro país, es porque la institución ha sido calificada por dicha ley de una manera diferente a como nosotros la hemos calificado".

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 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 qué punto la idea de soberanía tiene aquí importancia. Y 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 nos dice la siguiente exposición: dice él 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 lo que tiene el poder efectivo sobre dichos bienes (104).

Para Bartin, como (105) la mayor parte de los autores, la *lex rei sitae* de los bienes es la que debe fijar la calificación cuquiera que sea la solución que se adopte 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

---

(104) Frankenstein, citado por Niboyet, p. 359.

(105) Bartin, loc. cit.

cosa que es fundamental: el decir a qué aspectos se aplicará a esta ley común. En virtud de que no todos los países tienen la misma concepción acerca del estado de las personas, un tratado debe comprender dos especies de reglas: una regla que solucione los conflictos de leyes y otra la calificación que sea necesaria para aplicar las reglas.

Uno de los tratados en que se contienen algunas disposiciones acerca de la calificación es el que concertaron Alemania y los Soviets, el 12 de Octubre de 1925, se ha ocupado en 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.

### **CAPITULO III**

## **LA RETROACTIVIDAD DE LA NORMA DE DERECHO INTERNA- CIONAL PRIVADO.**

- A). Planteamiento del Problema**
- B). Diversas doctrinas de acuerdo con la posición sobre la naturaleza del derecho internacional privado. Negación de la posibilidad de la retroactividad de la norma de derecho internacional privado.**

**A). Planteamiento del problema:**

Nos ponemos a descentrañar en este capítulo si existe la posibilidad de aplicar en forma retroactiva la norma de derecho internacional privado, concretamente aquella norma que trata de resolver un conflicto de leyes. Es bastante difícil saber cuando una norma se aplica retroactivamente, a un caso concreto.

Aunque el problema de la retroactividad pertenece a todo el derecho, de tal forma queha sido elevada a garantía constitucional la prohibición de aplicar la ley en forma retroactiva cuando sea en perjuicio de alguno de los gobernados.

Sabemos también que este problema ha sido 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 internacional privado, es decir, determinar cual es el criterio que debemos seguir cuando en un caso concreto coexisten o coinciden 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.**

Miaja de la Muela(106) nos hace sus consideraciones que a continuación se exponen: está de acuerdo en lo tocante, a que, - la norma de Derecho Internacional Privado no tiene efecto retroactivo.

Las normas que forman parte de la legislación de cada Estado son aplicables a los preceptos de su respectivo ordenamiento en - cuanto entran en vigor, promulgación y derogación. La única duda que puede haber en las reglas de conflicto, es saber si estas poseen o no efecto retroactivo. La duda se presenta siempre que una norma jurídica es sustituida por otra dentro del ordenamiento a que pertenece: el problema se presenta cuando hay que determinar si la regla nueva será aplicable dentro de su esfera territorial de validez a todos los supuestos que se presentan o si la norma derogada conserva vigencia en cuanto a hechos y relaciones que se produjeron antes de su derogación.

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

---

(106) Miaja de la Muela, op. cit. p. 340.

mania regía para el estado, capacidad de las personas , la Ley de su domicilio, hasta que el código civil aceptó el criterio de la nacionalidad en su artículo 7.

La solución deberá buscarse en las disposiciones transitorias de la ley de introducción que contiene nuestro sistema conflictual y en caso de que tales disposiciones no existiesen, habría que resolverlo con arreglo a un criterio analógico deduciendo del sistema de solución de conflicto intertemporales vigente en el derecho material del País de que trate .

Todo este ordenamiento jurídico está integrado por una regla general de irretroactividad y de unas excepciones expresas a ese principio.

Ante la ausencia de estas excepciones, las normas estatales de Derecho Internacional Privado, deben ser irretroactivas. La dificultad radica en precisar el alcance de esta irretroactividad. La norma de Derecho Internacional Privado opera en ocasiones 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".



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 e incapaz según la nueva; 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, mayoría de edad española hasta la reforma de 1943, mientras que viendo el otro criterio domiciliar vigente anteriormente, ya lo era desde que cumplió los veintiun años. 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 ca-

sos 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.

(107) Yangués nos pone el ejemplo de un cónyuge francés, cuyo matrimonio sería, según éste código, por su ley nacional, que hubiese entablado demanda de divorcio de 1934 ante un juez español.

La demanda en ese tiempo era admisible, puesto que regía la ley de divorcio vincular. Si se presentase hoy esa demanda sería rechazada de plano, aunque el matrimonio se hubiese celebrado en una época en que la ley española autorizaba la ruptura del vínculo. No ha habido retroactividad en el precepto, afirma dicho autor. Lo que ha habido es interpretación del juez acorde, en cada caso, con el respectivo sentido moral de su legislador.

(107) Yangués, citado por de la Mijaja, P. 340.

El caso tradicional que puso de relieve este problema y que ha sido la base de la exposición fué planteado por un estudiante de derecho que después fué profesor de una de las universidades de Suiza; a la edad de diecinueve años estudiaba en Heidelberg, 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. Se publicó 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, 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, diciendo que era menor de edad, cuando lo celebró, se dijo por otra parte que era perfectamente capaz, porque entonces le era aplicable la ley del domicilio, pero se replicó entonces que no, porque la unidad de derecho reclama un único sistema de incorporación y la norma de derecho internacional que debe 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 de sistema del derecho alemán de 1900 y desde entonces para acá, todos los tratadistas de esta materia han dedicado una parte de este estudio a este problema.

Javier Morán(108) ha estudiado el problema planteado como una cuestión de normas, se pregunta 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. Planteado en esta forma dice Morán, que las consecuencias de uno y otro régimen para llegar prácticamente a una solución

(108) Morán Javier, citado por Gaxiola Xorge, apuntes de la cátedra de Derecho Internacional Privado. U. N.A. M. 1967. p. 52.

equivalente tanto en el derecho temporal, como en el internacional privado, tendiente a resolver problemas cuya técnica es análoga.

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, dice Morán, 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.

El problema que expone Morán no es una cuestión de predominio de una norma sobre otra, no hay posibilidad de establecer de una manera general técnica, la mayor importancia del derecho temporal sobre el derecho transitorio y el hecho de que se indague que son dos sistemas paralelos, quiere esto decir, que no existe cruza-

miento entre los sistemas y no puede haber un sistema que predomine sobre el otro.

En la teoría de Morán encontramos que: el derecho internacional privado es derecho público; el derecho público puede ser retroactivo, luego las normas de derecho internacional privado - pueden ser retroactivas pues no están regidas por los principios de no retroactividad que se refieren a las normas de derecho privado.

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 público, sino al sentido mismo de las normas, las normas de derecho público en general deben tener una aplicación inmediata pero no hay que confundir la aplicación inmediata de la ley, con su efecto retroactivo; si las normas de derecho público reclaman una aplicación inmediata, es por la importancia que tienen y en este sentido si 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, 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 condicionalmente para la norma sustantiva, que se transformarían en consecuencia de la norma internacional privado.

Encontramos la tesis que establece retroactividad de la norma de derecho internacional como unaposibilidad 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 senti-

do 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 extraño que incorpora esa norma, son también normas de derecho público y 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 mayor 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 regirla 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 19 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 los 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 esto 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.

El problema de la retroactividad de la norma de derecho internacional privado nos lo expone Trigueros(109) de la manera siguiente: dice que la norma de derecho internacioanl privado nunca puede tener 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,

(109) Trigueros, po. cit. p. 54.

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 por efecto construir o modificar una situación surgida con anterioridad; por más que la ley de derecho internacional privado reclama 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.

queera una ley posterior a la fecha de la celebración del matrimonio la que tenía vigencia en aquel momento por efecto retroactivo, en tal caso se debe regular con ella la validez del matrimonio.

Como la retroactividad de las leyes puede 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. Quintin nos pone un ejemplo a seguir diciendo que la orden franquista del 8 de marzo de 1939 que declaró nulos 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.

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.

## BIBLIOGRAFIA.

1. BURGOA, IGNACIO  
"Las Garantías Individuales"  
3a. Ed. México, Porrúa, 1961.
2. ESCRICHE, JOAQUIN  
"Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia"  
México, Libería de la Vda. de Ch. Bouret, 1925.
3. GARCIA MAYNES, EDUARDO  
"Introducción al Estudio del Derecho"  
IIa. ed. México, Porrúa, 1963.
4. GAXIOLA, XORGE F.  
"Apuntes de la Cátedra de Derecho Internacional Privado"  
U.N.A.M., 1967.
5. GOLDSCHMIDT, WERNER  
"Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado"  
2a. ed., Buenos Aires, E.J.E.A., 1952, Tomo I.
6. GONZALEZ GONZALEZ, VICTOR.  
"La Doctrina de Trigueros en el Derecho Internacional Pri-  
vado".  
U.N.A.M., 1966.
7. MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO  
"Derecho Internacional Privado", I  
Introducción y Parte General. 4a. ed. Madrid. Edit.  
Atlas, 1966, Volumen I.
8. NIBOYET, JEAN PAULIN.  
"Principios de Derecho I<sub>n</sub> ternacional Privado",  
2a. ed. Mexico, edit. Nacional, 1965.

9. ALFONSIN, QUINTIN.  
"Teoría del Derecho Privado Internacional",  
Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,  
1955.
10. ALFONSIN, QUINTIN.  
"El Orden Público"  
Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,  
1940.
11. ROJINA VILLEGAS, RAFAEL  
"Compendio de Derecho Civil", Introducción Personas y Fa-  
milias, 3a. ed. Mexico Ed. del autor, 1967.
12. TAMAYO DIAZ, ALFREDO ENRIQUE.  
"Estudio Comparativo de las teorías de Alfonsin Quintin y  
Eduardo Trigueros", U.N.A.M., México, 1967.
13. TRIGUEROS, EDUARDO.  
"La aplicación de Leyes extrañas", artículo escrito en tres  
ejemplares de la "REVISTA JUS", meses de enero, febrero  
y marzo de 1941.

#### LEGISLACION CONSULTADA:

1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexica-  
nos, 32a. ed. 1917.
2. Código Civil vigente para el Distrito y Territorios  
Federales.
3. Código Penal vigente para el Distrito y Territorios  
Federales.

## INTRODUCCION

En el curso de Derecho Internacional Privado, se vió lo relativo a la retroactividad de la norma, pero este estudio fué muy somero y me inquietó ese problema. Tuve la idea o más bien la inquietud de tomar ese tema como base para la elaboración de una tesis, en cuanto concluyera con los estudios Universitarios, de ahí que, no deje esa idea y en la presente tesis he tratado de hacer un breve estudio en todo lo referente a la retroactividad de la norma de derecho internacional privado, pero me he dado cuenta que este tema no ha sido estudiado por la mayoría de los tratadistas del derecho.

Es así que, el presente trabajo es un esfuerzo para poder tratar de una manera somera el problema de la retroactividad. Quisiera que el H. Jurado tome en cuenta el interés que se ha puesto en la investigación del presente estudio y vea con benvolencia los errores de que adolezca por la falta de experiencia jurídica y esperamos que sirva el presente estudio, para aquellos compañeros que aún se encuentran dentro de las aulas de la Facultad de Derecho, agradeciendo al H. Jurado las atenciones para el presente sustentante.

**CAPITULO IV.**

**CONCLUSIONES.**

## CONCLUSIONES:

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 dá cuando dos o más ordenamientos, pertenecientes a distintos ordenes 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 incorpo-



rada, más no la incorporante. La norma de Derecho Internacional Privado es de naturaleza adjetiva más no sustantiva, lo que excluye la posibilidad de la retroactividad de la misma.