

LA APLICACIÓN DE LEYES EXTRAÑAS. EL PROBLEMA FUNDAMENTAL

I

En las escuelas de derecho, no sólo en México sino en casi todos los países de cultura europea continental, se incluye en los programas el estudio del “derecho internacional privado”, entre cuyos temas, el principal es el denominado “conflictos de leyes”. Este problema es, según connotados maestros,¹ el que con propiedad debiera llevar, de modo exclusivo, el nombre de “derecho internacional privado”.

No creemos que la designación de “conflictos de leyes”, o de “derecho internacional privado” pueda aplicarse al tema a que se alude por lo que preferimos seguir los pasos de quienes huyen de los nombres que pueden tener en sí un principio de error. Por esto preferimos usar un título solamente descriptivo, sin desviar nuestra atención en seguir la polémica sobre la designación del tema.

La aplicación de las leyes extrañas ha sido durante los últimos seis siglos un problema jurídico sin una solución satisfactoria y total.

En su estudio, no sólo se han creado tesis generales cuya aceptación está muy lejos de ser unánime, sino que se ha llegado a la elaboración de una técnica especial, algunos de cuyos problemas se dejan por los estudiosos del derecho, como campo reservado para sólo aquellos que, por cualquier causa (generalmente el servicio de la cátedra), se ven obligados a especializarse en la materia. La sola referencia a los problemas de calificación, reenvío, orden público, es por sí sola bastante para hacernos pensar en esa técnica llena de sutilezas y distingos, plagada de afirmaciones contradictorias que es hoy en día indispensable para la inteligencia de los problemas que en la práctica presenta la materia.

Pocas veces, sin embargo, se piensa en el problema fundamental de la aplicación de la ley extraña que es base, no sólo para la solución de los problemas prácticos, sino también punto de partida para los problemas técnicos. En los grandes tratados contemporáneos sobre la materia se

¹ Por ejemplo, G. Pachioni, P. Arminjon.

principia, en general, por dar por supuesto o por planteado el problema, para intentar desde luego su solución.

Por primera vez marca la importancia del conocimiento del problema de aplicación de leyes extrañas el profesor Ernest Frankenstein, al apoyar en su conocimiento un estudio demoledor de las teorías en boga.²

Invitado por el director de la revista *Jus* para escribir una serie de estudios sobre derecho internacional privado, he querido atender a su amable sugerencia publicando la parte de mis "notas para el estudio del derecho internacional privado" en que se plantea, se analiza y se presenta una solución al problema fundamental en cuanto a aplicación de leyes extrañas.

II

El problema de la aplicación, en un determinado sistema jurídico, de las normas del derecho de sistemas jurídicos extraños, se presenta, comúnmente, por medio de una serie más o menos pintoresca de "casos" que sirven como ejemplo para llevar al ánimo del lector la evidente existencia del problema; estos mismos casos sirven en más de una ocasión para relacionar este problema con otros de naturaleza totalmente distinta y aun como campo de experimentación de la nube de doctrinas y de teorías que pretenden resolver el problema en general o en sus aspectos técnicos peculiares, llevando cada una de esas tesis hasta el caso planteado para reducir al absurdo, frente al sentido humano de la equidad las teorías diversas a la que el autor presenta o sostiene.

No quiero poner en duda el valor didáctico de este sistema, pero sí creo que para el planteamiento de un problema técnico debe prescindirse de toda ejemplificación que pueda desviar el razonamiento con la inclusión de elementos ajenos o particularizar sin necesidad y con peligro un problema cuya generalidad es necesario abarcar íntegramente.

Este sistema de exposición seguido por la generalidad de los tratadistas y de los catedráticos en la materia, ha contribuido a mi juicio, a dejar fuera del campo de estudio el problema fundamental cuyo análisis es elemental. Desde el siglo xv hasta nuestros días el "casuismo" como base de exposición de causas, métodos y soluciones, ha contribuido a hacer que esta parte del conocimiento jurídico se considere vedada para el jurista o para el litigante frente a quienes, en general, pasan inadvertidos los problemas de aplicación de leyes extrañas, y, cuando resaltan de tal manera que tienen que considerarlos, van a buscar las soluciones en el primer "tratado" que cae en sus manos y que presenta una solución buena de

² Ver particularmente *Recueil des Cours* de la Academia de la Haya, 1930, y III-33, p. 245; *Revista General de Derecho y Jurisprudencia* de México, 1934, pp. 383 y ss.

acuerdo con su personal sentido de equidad, formado por su experiencia en el manejo de la ley o guiada por el interés de su cliente. Encontramos así resoluciones de los tribunales en que, con una total ignorancia del problema, de sus aspectos técnicos y aun de la ley positiva, se "fundan" en la opinión de un autor en boga.

Pero hay algo más importante que esto. No sólo la forma de presentar el problema tiene influencia en la característica confusión que existe en torno al derecho internacional privado y en particular en cuanto a la aplicación de leyes extrañas. Parece que una extraña fatalidad ha detenido el desarrollo de esta parte del derecho.

Grandes maestros cuya mentalidad brillante y cuyos estudios han influido en la evolución del pensamiento jurídico mundial, han dedicado su actividad al estudio de este problema. Han contribuido con su esfuerzo no sólo al esclarecimiento de los problemas finales, sino también al de los problemas técnicos específicos de esta parte del derecho. Sin embargo, sus ideas fundamentales al plantear el problema y proponer soluciones al mismo, no han resistido al análisis que de sus obras hacen sus sucesores.³ Los intentos creadores, son seguidos de las nuevas elaboraciones hechas por los discípulos del creador de una teoría nueva que no resiste su examen lógico, las elaboraciones se suceden hasta que la crítica las lleva a desplomarse.

Frente a la necesidad de explicar el fenómeno jurídico de la aplicación de las leyes extrañas, y de analizar sus problemas técnicos peculiares, sería audaz pretensión construir una nueva teoría elaborada sobre datos y por métodos nuevos. Intento de este tamaño iría de antemano condenado no sólo al fracaso, sino, lo que es peor, a aumentar la confusión en esta rama del estudio del derecho, pero creemos que en el actual estado de la evolución del pensamiento jurídico sí puede y debe intentarse una cuidadosa reconstrucción del problema, limitándonos por ahora simplemente a observar el problema fundamental, a la luz de la técnica contemporánea, utilizando para ello no sólo los aciertos de los grandes maestros que en esto se han ocupado, sino también los estudios críticos que de sus obras se han hecho y las nuevas aportaciones que, tanto en la técnica como en la filosofía del derecho, ha recibido el pensamiento contemporáneo.

La exposición y la solución de cualquier problema, requieren fundamentalmente su correcta planteación. De la buena exposición de sus características depende en gran parte su conocimiento y de éste su adecuada solución.

³ Un resumen de la discusión sobre estos temas, puede verse en mi estudio *La evolución doctrinal del derecho internacional privado*, México, 1938. Ese estudio debe ser visto como necesario antecedente del que escribo, aunque por causas insuperables hayan sido enviados a las prensas con tres años de diferencia.

Para esto es indispensable emprender, desde luego, una labor que pudiera llamarse depuradora eliminando aquellos problemas que han pretendido agruparse al de aplicación de leyes extrañas, generalmente al considerar éste comprendido dentro de la categoría de los problemas que los planes de estudios de las escuelas de derecho agrupan en la cátedra tradicionalmente designada bajo el nombre de "derecho internacional privado".

En algunos autores⁴ encontramos la idea de plantear nuestro problema diciendo que comprende aquellos fenómenos jurídicos en "cuyo tipo legal" o en cuyas consecuencias se encuentra un elemento extranjero. Así logran hacer caber dentro de él los problemas relativos a la nacionalidad, los derivados del tratamiento jurídico de los individuos extranjeros, los que resultan de la aplicación de normas jurídicas derivadas de sistemas de derecho extraños y los de competencia internacional de los tribunales.

Atribuir semejante comprensión al problema, buscando una referencia común a los diversos temas que generalmente se exponen en la cátedra de derecho internacional privado, nos parece que trae como consecuencia inmediata prescindir del planteamiento científico de todos ellos. No sólo por razones didácticas, sino por un imperativo metódico, es preciso plantear en forma diversa aquellos problemas que presentan caracteres disím-bolos y en este caso son de tal manera importantes estas distinciones que han obligado a los demás prominentes tratadistas contemporáneos a independizar totalmente la exposición y el análisis de cada uno de estos problemas, recalcando su agrupación artificial.⁵

En efecto, en tanto que en los problemas relativos a la nacionalidad y a la condición de los extranjeros es base primordial la exclusiva aplicación del derecho de aquel Estado cuya nacionalidad se atribuye o se niega,⁶ o que establece la condición de extranjeros que con el propio Estado entren en relación, en los problemas generalmente denominados de "conflicto de leyes", es característica la posible aplicación de las normas jurídicas de sistemas de derecho extraños a aquel que conoce el problema.

Cuando, como ahora, se pretende estudiar uno solo de estos problemas es preciso que en la fijación de sus caracteres propios evitemos señalar como tales los que puedan encontrarse en otros problemas que no son objeto de nuestra investigación y que ha de concretarse, por ahora, a sólo

⁴ Véase, por ejemplo: Werner Goldsmith. *Problemas generales del derecho internacional privado*, Madrid, 1935, p. 13. J. Valery, *Manuel de Droit International Privé*, París, 1914, p. 3.

⁵ Ver por ejemplo las obras de Pierre Amninjon, de Roberto Ago, de Arrigo Cavaglieri, de Martin Wolf, etcétera.

⁶ Puede verse un estudio más amplio de esta afirmación en mi obra *La nacionalidad mexicana*, México, 1940, pp. 23 y ss. y 28 y ss.

presentar los elementos del problema de aplicación de leyes extrañas e indicar su solución general.⁷

Para la correcta exposición del problema en que vamos a ocuparnos hemos considerado convenientemente no aceptar, ni siquiera con carácter provisional, una definición cualquiera, ya que a tal definición debería privársele de sentido para conservar nuestra libertad de exposición y de análisis o, por el contrario, nos veríamos obligados a seguir su orientación sin antes estar en condiciones de discutir su alcance.

Aun cuando en cierto sentido nos apartemos un poco de los métodos tradicionales de exposición, preferimos analizar el problema que nos ocupa haciendo en primer término una exposición de sus causas, a las que recurrimos para poner de relieve todos los caracteres fundamentales que han de tenerse en cuenta para la comprensión cabal del problema y de la posibilidad técnica de sus soluciones.

La discusión, que ya puede calificarse de secular, sobre los diversos temas que tienen alguna relación con la materia, principia en la discusión en torno a la misma causa esencial del problema. El esfuerzo casi unánime de todos los tratadistas contemporáneos tiende a señalar, en forma filosóficamente correcta, la causa y la naturaleza del problema de aplicación de leyes extrañas.

Parece que la fatalidad ha reducido a la impotencia tanto esfuerzo de mentalidades brillantes al desviar su atención, pues más que a la presentación y análisis metódicos de este fenómeno de derecho, hace la impresión que intentan la demostración lógica del apotegma de Acursio: "*Quod si Bononiensis Mutinae conveniatur non debet judicare secundum statuta Mutinae quibus non subest...*", buscando tan sólo la sustitución de la exegética razón del célebre glosador, quien continúa: "*cumdicat: quos nostra clementia regit imperium*" por ideas fundadas, cuando menos en apariencia, en los sistemas de investigación y de conocimiento jurídico aceptadas en el momento en que su teoría es expuesta, llegándose en más de un caso hasta buscar apoyo en las doctrinas o tendencias políticas de un partido.

Más de una vez se han expuesto doctrinas completas que son verdaderos prodigios de habilidad y que demuestran la enorme cultura de sus expositores. Algunas veces la construcción doctrinal ha sido iniciada sobre bases correctas: Zitelmann, como Pillet y como Beal, han señalado uno de los elementos que, a nuestro juicio, son fundamentales para todo estudio posterior al diferenciar la actuación del normativismo jurídico dentro y

⁷ Quedarán excluidos de este estudio los problemas técnicos peculiares (reenvío, calificación, orden público, etc.) y los problemas relativos al análisis de nuestras leyes, tanto federales como locales y su aplicación a los casos concretos, para ser tratados en estudios posteriores.

fuera de su territorio. Otros autores han observado con todo acierto la necesidad de dotar de validez jurídica a la norma extraña aplicable, para hacer posible la juridicidad de su actuación.⁸ Con frecuencia se ha intentado el análisis de la esencia misma del derecho y de sus caracteres fundamentales para poder apoyar así soluciones relacionadas con la observación de su causa, desde este punto de vista.⁹

Estos grandes aciertos y otros menos importantes pierden su significación cuando, desprendiéndose del razonamiento lógico, se separan de él para buscar ilógicamente apoyo para una solución prácticamente útil o generalmente aceptada, en cualquiera de las grandes verdades asentadas como base de exposición.

Se incurre en los más visibles errores, porque los tratadistas van ciega-mente hacia las soluciones de los casos particulares sin pensar antes en plantear correctamente los problemas que esos casos entrañan y, así, la falta de estricta lógica hace que en materia de conflictos de leyes se presenten con la misma pretensión de exactitud intransigentes afirmaciones abiertamente contradictorias, lográndose tan sólo ese característico aspecto de confusión que envuelve al derecho internacional privado y obligando a cualquiera que intente estudiar el problema a hacer un análisis de todo lo elaborado para ir repudiando en forma casi sistemática todo lo hecho, en cuanto no resista al severo análisis de la lógica.

Vemos así que en fecha relativamente reciente se juzga la doctrina de Bertrand D'Argentré (1519-1590) como tardío fruto del feudalismo,¹⁰ y, sin embargo, el postulado fundamental de su doctrina que se mira como derivado del celo territorialista de los señores feudales lo encontramos reproducido en 1934 en la obra de Beal quien afirma: "*No state can make a law which by its own force is operative in another state...*"¹¹ que es idéntico a la afirmación de D'Argentré: "*Toutes les coutumes sont reeles*" y Beal es apreciado como un escritor en cuyas ideas predominan las ideas de la Europa continental de hoy.

Y, sin embargo, tanto D'Argentré como Beal abandonan su afirmación fundamental, lógicamente incontrovertible. Una vez asentada su primera piedra se desvían de la lógica siguiendo cada uno su peculiar tendencia, el primero asentando las bases de la ilógica cortesía internacional y el segundo dando una nueva significación a la *comity* y llevando el estudio del derecho internacional privado a una imposible conversión del deber

⁸ Puede verse en este sentido G. Pachioni, Roberto Ago, E. Lorenzen y otros de entre los contemporáneos.

⁹ Una orientación semejante puede encontrarse en casi todos los autores posteriores a F. C. Savigny, encontrándose particularmente este intento en Zitelmann, en Pillet y en Frankenstein.

¹⁰ Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, Paris, 1928, p. 394.

¹¹ *Restatement on conflict of laws*, Am. Law Publishers, St. Paul, 1934, p. 1.

ser al ser. En ambos ilustres maestros el sacrificio de la lógica jurídica encuentra su causa en la pretensión de basar teóricamente las soluciones tradicionalmente aceptadas como buenas en los casos particulares.

En nuestra época son tantas y tan diversas las posiciones que frente a nuestro problema han tomado los maestros, no sólo en la exposición de sus doctrinas sino en el juicio crítico de las demás, que su esfuerzo puede ser aprovechado para lograr presentar y plantear correctamente el problema de aplicación de leyes extrañas sin necesidad de intentar la creación de nuevos métodos.

En la exposición que haremos en seguida hemos de procurar no seguir puntualmente la exposición hecha por ninguno de los grandes maestros. Es preciso evitar su influencia si queremos apartarnos de su idea para no incurrir en sus errores y, por lo mismo, procuramos presentar a continuación una completa exposición del problema, señalando sus causas para poder plantearlo en forma correcta y pensar luego en su solución técnica general, dejando para trabajos posteriores el estudio de los problemas técnicos especiales y de los problemas finales de aplicación de leyes extrañas en casos concretos.

Conforme al pensamiento jurídico contemporáneo, nos parece indispensable principiar el estudio del problema que analizamos recurriendo a buscar en el concepto mismo del derecho sus causas primarias, alentados por los estudios de Savigny, de Zitelmann y de Frankenstein, quienes han mostrado que precisamente en la esencia del derecho debe encontrarse la causa primordial de existencia del problema de aplicación de leyes extrañas, no tanto en la parte constructiva de su exposición, sino más bien en cuanto mira al juicio formado sobre los estudios hechos sin esta base.

El derecho es ordenación coactiva de la conducta humana y presenta características cuya correcta apreciación es indispensable para poder afirmar haber planteado y resuelto correctamente cualquier problema jurídico. En las líneas que siguen podrá observarse que alguna vez la atención será concentrada en alguna de ellas de modo especial, pero sin que se pretenda ignorar o menospreciar la importancia y la existencia de las demás. Perder de vista totalmente alguno de los caracteres del derecho, para guiarse exclusivamente por otro o por los caracteres de la ley, ha sido el error que ha impedido a Zitelmann y a Vareilles-Sommiers, a Pillet, a Frankenstein y a Mancini lograr una solución técnicamente correcta, a pesar de presentar sus primeros principios en forma correcta. Zitelmann, Vareilles-Sommiers y Pillet, dan a la permanencia de la ley importancia tal que pierden de vista el sacrificio de los demás caracteres esenciales; Frankenstein exagera la importancia del normativismo, explicando en forma peculiar, llegando también en el sacrificio de otros caracteres esenciales del derecho, al error que el mismo ha hecho resaltar en otras doctrinas y así encontramos en

otros casos la apreciación correcta de otras características fundamentales del derecho, olvidándose que no existen aisladas sino que son ellas propias del concepto mismo.¹²

Debe ser, en consecuencia, preocupación elemental no olvidar todos y cada uno de los caracteres del derecho y, aun cuando fijaremos nuestra atención principalmente en la coercibilidad y en la normatividad del derecho, no hemos de pretender llevar estas características más allá de lo que permite la existencia de las demás.

Una idea de la normatividad del derecho puede presentarse al considerar que es su pretensión esencial mover a quienes le están sujetos a obrar en un sentido determinado, obligándoles a hacer o a dejar de hacer aquello 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.

“La ley [dice Santo Tomás de Aquino] importa estas dos cosas: una regulación de la conducta humana y una fuerza coactiva”.¹³ Estas características señaladas brevemente por el filósofo dominico son consideradas esencias por los juristas de las más diversas épocas y de todas las distintas escuelas. Vemos así que G. del Vecchio señala como caracteres del derecho “en su sentido objetivo la generalidad, la imperatividad y la coercibilidad”¹⁴ Adolfo Ravá sobre estos postulados, 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 implícita en el concepto del derecho.¹⁵

Hemos de considerar caracteres esenciales del derecho su normativismo y su coercibilidad; esto es, una regulación de la actividad humana y la fuerza coactiva que sanciona la actividad que contraría esa regulación.¹⁶

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

¹² Una más amplia exposición de estas doctrinas y de las objeciones que a ellas se han hecho puede verse en mi obra citada *La evolución doctrinal del derecho internacional privado*.

¹³ *Summa Theologica* I, II, questio xcvi, articulus v.

¹⁴ *Filosofía del derecho* (traducción de L. Recaséns), Barcelona, 1929, tomo I, p. 89.

¹⁵ *Lezioni di Filosofia del diritto*, tomo III, pp. 162 y 189.

¹⁶ Puede verse la aceptación unánime de esta afirmación, por ejemplo, en N. Coviello, *Manuale di diritto civile italiano*, parte generale, p. 3; Colin y Capítan, *Curso Elemental de Derecho Civil*, Madrid, 1922, tomo I, p. 6.

La posibilidad de ordenar jurídicamente la actividad humana es una función específica del Estado. No sólo no puede pensarse en una norma jurídica que no dimane del Estado, sino que no puede pensarse en un Estado desprovisto de la facultad de regular normativamente la conducta de los hombres.

No pretendemos con esta afirmación aceptar íntegramente la paridad preconizada por Hans Kelsen entre Estado y derecho. Sólo pretendemos marcar, de una parte la verdad de la afirmación de G. Jellinek en el sentido de ser el derecho un concepto que tiene como supuesto una comunidad humana organizada, esto es, un Estado.¹⁷ Igualmente precisa marcar que es poder específico del Estado la regulación de la conducta humana en cuanto desposeído de tal facultad se vería imposibilitado para realizar los fines de la comunidad que contiene.

Ahora bien: esta actividad específica del Estado que es el derecho, es una actividad que requiere autonomía; 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, esto es: "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".¹⁸

Este poder del Estado que tiene como razón de ser la autodeterminación para elegir los medios adecuados 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 aquel espacio geográfico en que el Estado puede realizar sus específicas actividades, o como lo llama Zitelmann, "el escenario del poder de autoridad".¹⁹

G. Jellinek, refiriéndose a la significación que jurídicamente corresponde al territorio dice que "éste 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".²⁰ El territorio es el ámbito especial de validez del orden jurídico de un Estado. Kelsen afirma que la validez del sistema normativo que constituye el

¹⁷ *Teoría general del Estado*, Madrid, 1914, tomo I, p. 462.

¹⁸ Ver en este sentido Jellinek, *L'état moderne*, p. 252, citado por M. Mouskelli, *Theorie juridique de l'état fédéral*, p. 46. En el mismo sentido Laband, Liebe, Zorn y Borel, citados por Mouskelli, *op. cit.*

¹⁹ *Int. Priv. R.*, p. 91.

²⁰ *Teoría general del Estado*, Madrid, tomo II, p. 18.

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."²¹

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

Desde luego, el *imperium* del Estado sobre su territorio, esto es, 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 motivo alguno que un Estado pueda 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.

Si como antes hemos visto 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 apoyado por una fuerza capaz de asegurar el cumplimiento de sus normas, llevando 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 suponga la fuerza empleada contra el derecho y, en este caso, el empleo de la fuerza es también 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 aun contrarias al derecho de gentes.²² Dentro de ese espacio geográfico puede el Estado hacer valer

²¹ *Teoría general del Estado*, Madrid, 1934, p. 181.

²² No puede oponerse la existencia de "sistemas jurídicos personales" (Arminjon *Precis de Dr. Int. Pr.*, 1927, libro II, cap. IX, ya que tales sistemas tienen un territorio limitado de hecho ante la imposibilidad de su poder frente al poder de otros sistemas

coactivamente sus normas, pero sólo dentro de sus límites. Así el derecho dimanado de un Estado pierde su posibilidad coactiva fuera del territorio, esto es, pierde su coercibilidad, que es carácter esencial, por lo que al dejar de ser coercible deja de ser derecho.

La escuela normativista y la realista discuten si puede existir una norma jurídica cuando carece de eficiencia real (*Faktizitat*). Esta discusión no es sino un aspecto de la discusión entre el idealismo y el positivismo jurídico en la filosofía del derecho.²³

Juzgamos que, a pesar de su importancia, sería digresión inútil seguir o resumir siquiera esta discusión.

Baste consignar aquí, para la correcta integración de las premisas de nuestro estudio, que de acuerdo con la teoría normativista pura el derecho puede valer por sí, sin ninguna relación con la realidad, y en consecuencia la aceptación de tal tesis nos llevaría a eliminar de nuestra construcción el sentido de limitación que antes hemos señalado correspondiendo al territorio. De acuerdo con esta teoría encontramos las afirmaciones fundamentales de Hans Kelsen, quien admitiendo 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 bien sabido, a resaltar el "elemento normativo" del territorio como esencial.²⁴

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 la concibe el derecho, es una fuerza puramente ideal, "normativa", identificando el concepto de fuerza con el de validez, lo que implica una confusión entre elementos del ser y del deber ser que con tanto cuidado aparenta tener separados esta escuela. El normativismo puro, lleva de manera necesaria y siempre que su desarrollo se siga lógicamente, a la identificación entre 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 recurrese a una tautología, como es ésta "La norma jurídica vale, porque vale" ya que el Estado no puede ser causa del

o bien se encuentra fijado de modo indirecto cuando sus normas reciben jurisdicción de un orden jurídico territorial.

²³ Esta discusión puede seguirse en: Georges Tassitch, "L'état et le droit", en *Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1933, p. 175; Giacomo Petricone, *Il diritto e lo stato*, Milán 1937; Radomir D. Loukitch, *La force obligatoire de la norme juridique et le problème d'un droit objectif*, París, 1939; H. Dupeyroux, "Les grands problèmes du droit", *Archives de Philosophie du droit*, 1938, p. 60; Hans Kelsen, "Droit et état du point d'une théorie pure", en *Annales de l'Institut de droit comparé de l'Université de Paris*, 1936, II, p. 33.

²⁴ *Teoría general del Estado*, Madrid, pp. 183 y 184.

valor de la norma, sino que ésta identificada al Estado se ve en la precisión 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.

Sin embargo, 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 antes apuntamos; efectivamente, si la validez del orden normativo —presupone la posibilidad de la coacción, posibilidad que según la propia afirmación de Kelsen está limitada al espacio geográfico territorial, resulta limitado por una razón de hecho, el ámbito espacial de validez del orden jurídico.²⁵

Puede afirmarse 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 realizada fuera del territorio, ni puede admitirse en un territorio la validez jurídica, *ex proprio vigore*, de normas jurídicas dimanadas de Estados extranjeros.

Debe notarse que al dejar fundada la territorialidad del derecho en sus propias características de normatividad y coercibilidad no pretendemos ni desconocer ni sacrificar sus otros caracteres esenciales que, en algunos casos, han pretendido ponerse en juego para superar la territorialidad.

Es característico el intento que en este sentido funda la tesis del ilustre maestro francés Antoine Pillet, teniendo como antecedentes ciertos aspectos de las doctrinas de Zitelmann y de Vareilles-Sommiers.

Pillet presenta como características de la ley su generalidad y su permanencia llegando a afirmar que las “leyes son todas a la vez territoriales y extraterritoriales”, debiendo apreciarse una ley como territorial cuando en su finalidad social predominen los elementos de su generalidad y, por el contrario, aplicarla extraterritorialmente cuando para la realización

²⁵ Una refutación amplia y completa de la teoría normativista puede verse particularmente en la obra de Loukitch citada antes y en el estudio de Ketaro Tanaka, “Critique de la science juridique pure chez Kelsen”, en *Acta congressus iuridici internationali*, Roma, 1937, vol. v, p. 421. La insuficiencia que notamos en la teoría del normativismo puro para superar la territorialidad del derecho, no significa el desconocimiento de otros grandes aciertos de los maestros que la defienden. Algunos de ellos habrán de servirnos de guía para aprovechar su análisis lógico formal del derecho, que en más de una ocasión serán atendidos para la exposición de nuestro problema.

del fin social de la ley sea indispensable su permanencia, dejando "paralizada" su generalidad y su territorialidad.²⁶

Es importante, desde luego, 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.²⁷ De la generalidad no puede inferirse su territorialidad, pero tampoco puede oponerse a ella.

Por lo que hace a la "permanencia" debe notarse que es de una enorme relatividad y no es exacto que sea característica la aplicación diaria y a todos de las leyes para que éstas puedan reputarse como tales. La ley es esencialmente mudable en el tiempo y en el espacio. Ni siquiera el derecho natural ha tenido pretensiones de inmutabilidad.²⁸ Esto nos llevaría 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,²⁹ podemos llegar hasta afirmar:

1º En el territorio de un Estado sólo es derecho el que de ese Estado dimana;

2º El derecho de un Estado, no puede pretender, por su propio valor, tener vigencia normativa en el territorio de otro Estado; y

3º No puede admitirse en derecho, que un Estado pretenda normar jurídicamente actividades humanas realizadas fuera de su territorio.

III

Dejando demostrado cómo la esencia misma del derecho nos lleva a concluir su territorialidad absoluta, sin excepciones ni limitaciones, y mar-

²⁶ Ant. Pillet, *Traité pratique de Droit Int. Privé*, París, 1923, tomo 1, pp. 102 y 103. En la obra de su ilustre discípulo J. P. Niboyet, *Manuel de Dr. Int. Pr.*, pp. 416 y 417, puede apreciarse con igual claridad que en la obra de su maestro la tendencia reducida sólo a buscar apoyos nuevos para conclusiones viejas.

²⁷ Ver Ad. Ravá, *op. cit.*, tomo III, p. 180; G. del Vecchio, *op. cit.*, vol. ., p. 89.

²⁸ No considero preciso detenerme en la demostración de la existencia de límites temporales, del derecho. Ver Carlo Esposito, *La validità delle leggi*, Padua, 1934; Donatti, *Irretroattività della legge*, En cuanto a la mutabilidad del derecho natural, ver: Santo Tomás, *Summa Theologica*, questio xciv, articulus iv.

²⁹ Para otros aspectos de esta demostración, con bases diversas, puede leerse el estudio de Pierre Louis Lucas, "L'imperiance territoriale du droit", en *Revue Critique de Droit International*, París, 1935, pp. 633 y 661.

cadadas 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. Más de una vez se ha repudiado la absoluta territorialidad del derecho con el argumento, sin valor, de que al aceptarla desaparece el derecho internacional privado.

A primera vista parece presentarse como indudable conclusión que en ningún caso y por ningún concepto podrá invocarse una situación jurídica nacida al amparo de un ordenamiento jurídico más allá de los límites territoriales de vigencia del mismo, en tanto que al perder su valor el orden jurídico dejan de valer, y necesariamente de existir, en el campo del derecho todas sus consecuencias. Por otra parte y también como una consecuencia de la territorialidad jurídica, ningún estado puede ligar consecuencias de derecho a actividades humanas realizadas fuera de su territorio, ya que tal actividad sólo puede ser jurídicamente apreciada por el derecho del Estado que puede normar esa conducta, esto es, 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 Gentes³⁰ 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 del cual tuvieron lugar. Los resultados que se obtienen de la aplicación lógica de la territorialidad del derecho parecen chocar contra los más elementales sentimientos de moralidad de seguridad y de justicia. Desde la más remota antigüedad se presiente la necesidad de recurrir a derechos de diversos países para fundar pretensiones apoyadas en acontecimientos realizados fuera del territorio. Como una referencia curiosa puede citarse la impresión reflejada por Esquilo (probablemente 492 años antes de J.C.) cuando en "Las Suplicantes" pone en boca del Rey Pelasgo estas frases: "Pero, si los hijos de Egipto alegan derechos sobre ti *por 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 ti autoridad ninguna."

En tanto que la actividad humana rebasa los límites territoriales de un Estado, y el hombre y sus bienes puedan salir de un país para entrar a

³⁰ Puede verse sobre esto F. de Vitoria, *Primera Relación de los Indios*, 3ª parte, 2-3 y 4.

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 la protección indispensable. Resolver esta aparente imposibilidad es el 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 que ha creado la relación de derecho "la siga" suponiendo que la relación "sale" del territorio, se pretende que el derecho creador valga fuera de sus límites para que continúe protegiéndola; otras veces se pretende que el derecho del Estado que va a juzgar esa relación se crea 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 a los problemas técnicos que son específicos en la aplicación de leyes extrañas, como son el reenvío, la calificación, el orden público, etcétera, y tanto el problema fundamental como los problemas técnicos tienen influencia decisiva en la determinación y aplicación de las leyes extrañas.

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

Acursio, busca en la magia de las palabras de la codificación romana la frase que le permitiera franquear la barrera de la territorialidad hasta descubrir en la constitución imperial que no todos los pueblos estaban jurídicamente obligados a creer en el dogma de la santísima trinidad, de donde deduce que las leyes no obligan a todos sino sólo a aquellos a quienes van dirigidas y concluye que en un territorio puede regir simultáneamente más de un orden jurídico.

El estudio del sentido de las derogaciones al derecho romano lleva a los postglosadores a la creación del sistema estatutario, que será considerado como sistema único por muchos siglos; lanza al mundo del derecho el absurdo de las leyes "personales" capaces de tener una esfera de acción y de eficacia superior al derecho y al Estado.

D'Argentré, demuestra el absurdo de "la personalidad" de los estatutos y llega hasta encontrarse frente a la verdad del territorialismo, viendo sólo su primer aspecto de injusticia y, sufriendo el reflejo de la reacción de 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 de la *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 al gran maestro Federico Carlos 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.

Luis 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; Mancini encuentra en el nacionalismo de la segunda mitad del siglo XIX no sólo una solución política para Italia sino también la piedra filosofal para este problema. Vareilles-Sommiers, Zitelmann y Pillet ven en la universal protección al derecho subjetivo o al derecho adquirido como un camino decisivo, pensando que éste debe ser protegido por todos los Estados, pero olvidando que el derecho subjetivo o el derecho adquirido es igualmente territorial que el derecho objetivo del que deriva.

En todos los intentos de construcción encontramos siempre la idea de los autores de buscar no una solución al problema fundamental sino que pretenden apoyar soluciones que tradicionalmente se han aceptado como equitativas o útiles, pudiendo encontrarse en la actualidad tres grandes tendencias que se disputan la solución correcta del problema fundamental planteado por las necesidades vitales que exceden de los límites territoriales y el derecho encerrado necesariamente en dichos límites.³¹

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 gentes y, por último, las tesis

³¹ La revisión de los principales esfuerzos doctrinales para la resolución de los problemas de esta ciencia, puede verse en mi estudio *La Evolución Doctrinal del Derecho Internacional Privado*, México, 1938. Esta parte de las notas para el estudio de las materias debió seguir al último capítulo de la obra citada, habiendo sido desarticulado por razones ajenas a su composición doctrinal.

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

Creemos 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 un 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 desiderátum. 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 teocrático 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 buscan para encontrar una razón lógica que substituya a los pretextos que sus predecesores han encontrado para hacer que el derecho escape de la jaula territorial. Sin mencionar siquiera la anticuada pretensión de soberanía universal de los emperadores quieren que la ley que el soberano dicta "para sus súbditos" "vaya con ellos" como algo de la propia naturaleza de los mismos, siguiéndoles, ordenando su conducta, normando su actividad y su vida, imponiendo sanciones, todo esto "donde quiera que se encuentren", con lo que llegan a plantear el problema que analizamos, no como una antinomia entre la territorialidad y las necesidades vitales sino como una distinción o como una lucha entre el personalismo y el territorialismo.

La antítesis de estos dos principios pretende tener como causa la hipotética duplicidad de la soberanía, ya que se dice que: "cada Estado está llamado a regir su propio territorio y sus súbditos",³² entendiéndose por

³² Ver: Pierre Louis Lucas. "L'Imperieuse territorialité du droit", en *Revue Critique de Dr. Int.*, 1935, p. 636. Una manifestación reciente de este modo de pensar puede verse en la fracción 1 del artículo 23 del Proyecto de Código Civil de Cuba, por Antonio Sánchez de Bustamante (La Habana, 1940), en donde se dice lo siguiente: "Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes se estiman divididas entre clases: 1º Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las que siguen aunque se trasladen a otros países, denominadas personales o de orden público interno.

súbditos unas veces a los nacionales y otras a los domiciliados o avecindados en el territorio.

Así, en un caso cualquiera en que un extranjero se encuentra 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 determine 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 sentimiento nacionalista (Mancini) o a lo que el autor considera conveniente suponer como "fin social de la ley" (Pillet).

Sería curioso seguir a través del pensamiento de los personalistas la serie de contradicciones, de errores notorios en que incurren al defender sus puntos de vista en la solución de los problemas particulares, pero esto nos desvía de la finalidad que perseguimos. 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 los rige, ni los regula.

Debe notarse que esta afirmación sirve de piedra angular a toda la construcción de la teoría de Ernest 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 su 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. Ésta 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 uno solo. El Estado legisla regulando la actividad de quienes están sometidos a su imperio, quienes sufren su poder jurídico; pero sólo puede regular la actividad realizada en el ámbito de su poder específico sin que pueda pretender dictar normas de conducta sobre la actividad 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 su construcción en la filosofía del derecho desprendiéndose de soluciones tra-

dicionales y tratando de encontrar un camino en el laberinto formado por la elaboración teórica en esta norma del derecho.³³

Frankenstein, cuya más valiosa cooperación al estudio del derecho internacional privado es sin duda alguna haberse desprendido del tradicionalismo de sus soluciones, desmoronando las teorías en boga, llevando nuestro estudio hasta el concepto mismo del derecho al plantear el problema en su aspecto filosófico afirmando que cada norma jurídica ordena la conducta del individuo para quien fue creada, donde quiera que ésta se encuentre, sin tener en cuenta límites territoriales, apoyándose en la formación sociológica del derecho.

Para Frankenstein 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 dondequiera que se encuentren. El individuo, miembro de una comunidad 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 sujeta 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 orden jurídico, hacer a un lado estos principios y aplicar su propia ley o la ley extraña que estime conveniente considerando que esto 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 masa o de la mayoría de la comunidad, la fuerza es empleada contra el derecho.

Ahora bien, en la base misma de la teoría de Frankenstein, encontramos la causa de su error. El derecho formado por el juicio de la masa, por la pluralización del juicio individual, sobre la norma que aún no nace es inadmisibles no sólo frente al orden lógico del pensamiento sino frente a la realidad. Esto sin tener en cuenta los aspectos técnicos del derecho, a los cuales las masas son totalmente indiferentes. Nos colocamos así frente a una ingeniosa teoría desprendida de toda realidad, y lo que es más, el propio autor considera que la realidad está en contra de su teoría al admitir que el empleo de la fuerza, jurídicamente ordenada puede deshacer

³³ Puede verse una exposición completa de su tesis en su estudio: "Tendances nouvelles du Droit International Privé", en *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, tomo 33, 1930, III, p. 246 y ss. Un resumen de su teoría presentado por él mismo en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, IV, 1933, p. 383. La exposición y crítica general de su doctrina puede verse en G. Pacchioni, *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1930, p. 66 y en mi obra *La evolución doctrinal del D. I. P.*, México, 1938, p. 140.

toda su construcción. Esta fuerza jurídicamente ordenada no es sino el derecho que se impone en su aspecto territorial sobre cualquier pretensión de 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 Frankenstein en el sentido de que para un individuo extranjero sólo es derecho su derecho "debiera haber llevado al autor a una revisión del concepto en que se funda para decirlo".³⁴

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 Ernest Zitelmann, Luis Von Bar, Arrigo Cavaglieri, etcétera.

Estos autores parten, con acierto incontrovertible, afirmando que el problema de derecho internacional privado es una consecuencia ineludible de la coexistencia de diversos Estados soberanos. Hemos visto poco 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 Estados, imponiendo a éstos ciertas limitaciones que se juzgan indispensables para el armónico desarrollo de la vida internacional, obligándolos a aceptar leyes de otros Estados, rigiendo actividades humanas realizadas fuera de sus respectivos territorios y dando efectos de derecho a aquellas relaciones jurídicas que "deben" surtir efecto extraterritorial.

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 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 letras de cambio y el de la Habana en que fue 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 limitarnos a ver sólo su aspecto teórico, sino que sin descuidarlo hemos de ver también sus resultados prácticos.

³⁴ Pacchioni, *op. cit.*, p. 82.

La formación teórica de esta tesis es presentada en formas variables. 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.

Luis Von Bar, primero de los tratadistas de derecho internacional privado que refiere directamente este derecho al internacional público, apoya su teoría en el estudio de la gran obra de su maestro Federico Carlos Savigny.

La obra de Von Bar, no sólo por su vitalidad sino por plantear el problema sobre una línea de poca resistencia, merece las mayores consideraciones, a pesar de que, impresionado por la necesidad del comercio y de la vida internacional, descuida la fundamentación lógica de su tesis.

Von Bar 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 regular las 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 su sistema legal en la materia sin tener 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.³⁵

Arrigo Cavaglieri toma una posición análoga, sólo que ya llegando hasta las más modernas ideas sobre la codificación 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". En cuanto a la positividad de la costumbre se afirma que, aun 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 reco-

³⁵ Ver *Theorie und praxis des Internationalen Privatrechts*, Hannover, 1889, (ed. italiana, Turín, 1915); Pacchioni, *op. cit.*, p. 32 y s.; E. Trigueros, *La evolución doctrinal del derecho internacional privado*, p. 77 y s.

nocer 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 considera "la verdadera fuente del derecho internacional privado".³⁶

Es sin duda alguna el más importante de los expositores de esta teoría Ernest Zitelmann, quien desde luego limita el campo de acción del derecho de gentes sólo a las normas directrices o fundamentales del derecho internacional privado, admitiendo la facultad de cada Estado para legislar en esta materia, pero siempre de acuerdo con las normas superestatales.

Zitelmann, después de asentar que nuestro problema surge de la coexistencia de las diversas soberanías, 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 correspondiente poder jurídico sobre esa entidad". Por otra parte, 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 atribuirse o permitir un derecho privado subjetivo con eficacia internacional sólo la ley de aquel Estado a quien compete, en general, el poder jurídico reconocido internacionalmente en aquella "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.³⁷

Como características comunes puede verse en las diversas 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

³⁶ *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Nápoles, 1933, pp. 46 y 54, en el capítulo "Fuentes del derecho internacional privado".

³⁷ Su obra fundamental: *Internationales Privatrecht*, Leipzig, 1897. En relación a su obra pueden verse: Betti, "Ernest Zitelmann e Il problema del diritto internazionale privato", en *Riv. di dir. int.*, 1925; Roberto Ago, *Teoria generale del diritto internazionale privato*, Part. gen., p. 56, y en mi obra *La evolución...*, p. 111 y ss.

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: en tanto que Von Bar recurre a la "naturaleza de las relaciones" Cavaglieri acude a la costumbre internacional y a los tratados normativos y Zitelmann a la limitación del poder de mando y a la distinción entre la soberanía personal y territorial.

No hemos de ocuparnos en estas divergencias de método que, aunque interesantes nos llevarían fuera de nuestro objeto que se concreta a estudiar sólo el problema fundamental y sus soluciones.³⁸

A este respecto, la teoría internacionalista trata de evitar, como hemos 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 de su derecho, las normas del derecho extraño que "deban" 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 extranjeras ni a aplicarlas. Esto porque el derecho internacional público no puede pretender, ni pretende 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".³⁹ 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 contrarias, lo que reduce a la impotencia las pretendidas normas del derecho de gentes; y aun 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 internacional público no puede normar la actividad legislativa de los Estados, es lógico que no pueda imponerles la aceptación de

³⁸ Pueden verse tratados estos aspectos en mi estudio *La evolución doctrinal del derecho internacional privado*.

³⁹ Roberto Ago, *Teoría Generale del Diritto Int. Pr.*, p. 63.

normas de otros sistemas de derecho, ni fijar en qué materias o casos pueden o no pueden legislar.

En el caso en que se admitiera que el derecho de gentes pudiera pretender limitar la actividad legislativa de los Estados, las normas de éstos contrarias al derecho superior carecerían de apoyo y en consecuencia de validez jurídica. Como hemos 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 es notoria, por lo que nos vemos obligados a concluir, de acuerdo con la dogmática,⁴⁰ que el poder de legislar no es un derecho subjetivo, ni admite limitaciones ni complementaciones derivadas de derecho superior alguno.

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

Von Bar y Cavaglieri, para no referirnos sino a aquellos autores que en estas líneas hemos citado, aseguran que la norma internacional, debe ordenar la aplicación de leyes extrañas de acuerdo con la naturaleza de las cosas, con el respeto a las soberanías y con la costumbre internacional.

De los tres principios no puede lograrse, válidamente, ninguna conclusión concreta. "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 las 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", que nos lleva a pensar en la "naturaleza" territorial del derecho, nos llevarían a desechar la tesis a la que pretenden servir.

Por lo que hace a la distinción que encontramos en Zitelmann, entre la soberanía personal y territorial, hemos hecho referencia a ella unas líneas antes al referirnos a la tesis personalista.

Hay todavía algo más en cuanto a la tesis internacionalista. No sólo sus 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

⁴⁰ Ver Perassi, "Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale privato", en la *Rivista di diritto internazionale*, 1917, p. 7.

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 la 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, substituyendo 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 indenunciabiles. De otro modo se tienen soluciones diversas, según que la ley aplicable derive o no de un Estado contratante, o que la convención esté o no vigente. Es también indispensable que las reglas internacionales sean claras y que contengan referencias técnicas y terminología aceptadas universalmente, ya que de otro modo la interpretación y aplicación de las reglas será distinta en cada lugar, nulificando el fin perseguido.

Después de presentar estas consideraciones E. Frankenstein agrega que "como estas exigencias no son, a mi juicio, realizables en la actualidad estimo no sólo prematuro, sino nocivo, todo intento hacia la creación de convenciones internacionales".⁴¹

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

⁴¹ "Las tendences nouvelles de droit int. privé." *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International*, tomo 33, p. 270.

nuestros problemas, serán igualmente estériles que los de los alquimistas que buscaron la piedra filosofal y que aun cuando de sus esfuerzos salgan muchas cosas útiles para nuestra materia cada vez la ciencia los encuentra más lejos del fin que buscan.

IV

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

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 pueden considerarse resumidas las principales teorías internistas.⁴²

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 conceptos del derecho internacional privado, presenta aspectos de mayor positividad, aun cuando no deja de advertir la comodidad de soluciones idénticas, se señala la imposibilidad material de una identidad absoluta en las soluciones.

Invirtiendo la posición adoptada 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.^{42-bis}

⁴² Ver sobre esto *Evolución doctrinal del D. I. P.*

^{42-bis} Pacchioni, *op. cit.*, 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 de la tesis también internista de la auto limitación en cuanto a que la tesis antes mencionada 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.⁴³

La incorporación se realiza por una “verdadera y propia inserción en el ordenamiento propio de aquellas normas (extrañas) con el significado y con el valor que ellas tienen en el sistema para el cual se han dictado”.⁴⁴

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 las relaciones que presentan un carácter extraño a la vida real interna, realizando esta función característica al fijar una vinculación entre la relación que se regula y un orden jurídico extraño y asumir la fuente del orden designado como fuente de su propio orden para dar juridicidad a las normas emanadas de aquella fuente”.⁴⁵

Resulta así, según la gráfica expresión de Chiovenda,⁴⁶ que el órgano del Estado “aplica el derecho extranjero, pero como derecho nacionalizado, y no como derecho extranjero”.

En este caso la tesis de la incorporación apoya la validez del derecho incorporado en el propio valor del sistema jurídico incorporante, ya que éste en vez de regular por medio de normas substantivas directas una determinada relación recurre a un derecho extraño, como puede en todo caso hacerlo, y como de hecho se verifica continuamente en la referencia a leyes emanadas 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

⁴³ Pacchioni, *op. cit.*, p. 115 y 118.

⁴⁴ Roberto Ago, *Teoría del diritto internazionale privato*, Padua, 1934, p. 112.

⁴⁵ Roberto Ago, *loc. cit.*

⁴⁶ Chiovenda, *Principi di diritto processuale civile*, Nápoles, 1923, p. 303.

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 aplicación de la ley extranjera por la incorporación, se explica hablando de integración de las leyes extrañas en el cuadro de la legislación nacional.⁴⁷

La incorporación, descarta como hemos dicho, toda idea de autolimitación, así como toda idea de conflicto de leyes propiamente tal, como una consecuencia de la aceptación absoluta del principio de la territorialidad.

Para los defensores de esta tesis, el derecho extraño no puede valer por sí mismo fuera de su territorio, en consecuencia, nunca puede presentarse un "conflicto" entre varias leyes. Para el órgano de un Estado, sólo hay una ley aplicable y es la que deriva del Estado mismo, incluyendo en ella las normas extrañas incorporadas. Tampoco puede pensarse en una autolimitación ya que sólo puede pensarse en la limitación de las normas substantivas del derecho interno frente a otras normas idénticas de derecho interno aun 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 señalado como competente, o la aceptación de un canal de aplicación diverso del orden jurídico estatal.⁴⁸

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

Podemos ver en ella un sistema dogmáticamente correcto y técnicamente posible para hacer que la norma jurídica integrante de 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 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.

⁴⁷ Ver sobre esto el estudio de Pirre Wigny, *Essai sur le droit international privé américain*, París, 1932, pp. 175 y siguientes.

⁴⁸ Para una exposición y refutación más amplias de estas ideas, ver Roberto Ago, *op. cit.*, p. 96 y s. y mi estudio *La Evolución Doctrinal del D. I. P.*, p. 147 y ss.

Sin embargo, la solución tal como hasta ahora ha sido presentada es incompleta.

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.⁴⁹

De aquí Frankenstein concluye la necesaria aceptación de toda una serie de postulados que unifiquen y racionalicen el derecho internacional privado.

La observación de Frankenstein es correcta, aun 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. Hemos afirmado esto al principiar este estudio y hemos dicho que esta territorialidad del orden jurídico, tiene como consecuencia el que las actividades humanas que están sometidas al derecho son sólo aquellas que tengan lugar en el espacio geográfico del territorio del Estado.

Todas las normas jurídicas que integran un sistema estatal tienen esta necesaria limitación, a la que no se sustraen ni las normas de incorporación que señalan la ley aplicable, ni ésta en cuanto al ser insertada al orden jurídico tiene forzosamente las mismas limitaciones de las demás normas de ese orden de derecho. La norma incorporada es una norma del sistema incorporante y cuando la inserción se realiza "pierde toda relación con el sistema jurídico del que forma parte y del cual es tomada".⁵⁰

No es simplemente un problema de "poder físico" como quiere W. W. Cook el que limita la validez de la norma incorporada.⁵¹ Hemos visto ya la importancia que la limitación del "poder físico" tiene en cuanto a la coercibilidad del derecho y ésta es su validez espacialmente limitada, pero también el limitado poder normativo del Estado trae esta consecuencia. Ahora bien, de acuerdo con la tesis de la incorporación, el sistema incor-

⁴⁹ "Une doctrine moderne du dr. int. Pr.", *Revue de Dr. Int. Pr.*, 1932, p. 49.

⁵⁰ Roberto Ago, *op. cit.*, p. 111.

⁵¹ Citado por Pierre Wigny, "Essai sur le droit international Privé Américain", p. 177.

porante 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 el territorio del Estado que las ha incorporado. Los actos realizados fuera de ese espacio, aun dentro del ámbito de vigencia de la norma idéntica o análoga de otro sistema, quedan frente a la tesis de incorporación como simples hechos ajenos al orden jurídico del Estado incorporante, en tanto que éste por su necesaria territorialidad no puede regirlos.

Ese acto, que es jurídico y que tiene consecuencias jurídicas sólo por realizar la hipótesis prevista por la norma que rige en ese territorio la conducta de quien lo ejecuta, no puede ser tenido como tal, ni puede producir efectos de derecho fuera del ámbito de vigencia de esa norma. Suponer otra cosa sería contrariar la lógica al suponer que una concreción del derecho tuviera un efecto más amplio que el derecho mismo.

No puede suponerse como pretende la tesis norteamericana de Beale que "cuando un derecho ha sido creado por una ley este 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"⁵² con lo que se pretende que "el hecho" (*vested right*) 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 pasarnos inadvertida la transposición del plano del deber ser en que se sitúa lo jurídico y el plano del ser en que está situado el hecho. Lo jurídico no es susceptible de "trasladarse" ya que no ocupa lugar. Un derecho no puede ser "llevado" de un territorio a otro para colocarlo ahí y presentarlo como condición de aplicación de otro derecho. Estas exposiciones, producto del abuso del 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, presupuesto para la aplicación de otras normas de derecho o para la actuación 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 una 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, parcialmente, la exposición actual de la tesis de la incorporación.

⁵² *Summary and Treatise on Conflict of Laws*, párrafos 2, 4 y 5.

No sólo constituye el problema de derecho internacional privado el dar soluciones análogas a las actividades de los hombres cuando se realicen en uno o en otro Estado. Este es a mi juicio el problema de menor importancia. El problema, que es a mi modo de ver 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 cómo la teoría de la incorporación deja sin resolver este problema analizando su idea a la luz de la teoría del derecho.

El aspecto unitario del orden jurídico, su formación escalonada o piramidal nos lleva por sí solo a notar la imperfección de la tesis de la incorporación. La relación 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 actos efectuados fuera del territorio, aun 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 del que forma parte.

De esto resulta la parcial insuficiencia de la tesis de la incorporación tal como hasta 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 terri-

torio, con relación a 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, aun 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 efectividad jurídica extraterritorial de la norma individualizada y que ha hecho pensar a Zitelmann, a Pillet y a Niboyet, en la protección internacional del derecho subjetivo, que no es otra cosa que el poder jurídico individualizado.⁵³

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, un problema de aplicación 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.

Sin embargo, Pillet se esfuerza en hacer de este segundo aspecto de su tesis, un problema de respeto a derechos adquiridos.⁵⁴

Adoptada esta posición su tesis no resiste a la crítica que ha sido extensamente hecha.⁵⁵ Independientemente de la petición de principio, que implica la idea misma del respeto al derecho adquirido, debe decirse que el derecho adquirido sólo es tal en tanto que subsista el derecho objetivo en que se apoye, y en el caso, limitada espacialmente la validez de este derecho objetivo, resulta absurdo suponer o pensar en la supervivencia o en la extraterritorialidad del derecho adquirido, porque éste no es sino una situación o norma concreta que como hemos dicho, no puede valer sino en tanto valga la norma abstracta de que deriva.

⁵³ Sobre este punto son esenciales los estudios de Adolfo Merkel. Ver *Enciclopedia jurídica*, Madrid, 1924, pp. 101 y ss.

⁵⁴ Ver su obra, *Traité de Dr. Int. Privé*, Paris, 1923, vol. I, pp. 119 y ss., y en J. P. Niboyet, *Manuel de Droit Int. Privé*, Paris, 1928, pp. 427 y ss.

⁵⁵ Ver sobre este aspecto, Pierre Arminjon, *Précis de droit int. Privé*, Paris, 1927, vol. I, pp. 271 y ss.; Pacchioni, *op. cit.*, p. 86 y *Elementi di diritto civile*, pp. 68 y ss. y en mi estudio citado, *La Evolución Doctrinal del D. I. P.*, pp. 132 y ss.

V

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

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

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

No podemos olvidar 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".⁵⁶ 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.⁵⁷

Luego, si el Estado puede técnicamente incorporar la norma abstracta dimanada del órgano legislativo de otro Estado (que frente 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 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.⁵⁸

⁵⁶ Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, Madrid, 1934, p. 327. Afirmaciones idénticas pueden encontrarse en Merkel, en Verdross, etcétera.

⁵⁷ 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 y ss.

⁵⁸ Sobre este punto habrá de insistirse al explicar detenidamente el efecto de la norma del D. I. P. en la obra, en preparación sobre la Teoría General del D. I. P.

La incorporación 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 en su aspecto concreto.

Es indudable que esto implica una referencia necesaria a los antecedentes de hecho y de derecho de la norma concreta. Habrá que ver si los hechos probados han sido los que pudieron producir la concreción, o individualización del derecho abstracto. Pero esto es sólo un proceso mental como el que llevamos a cabo, más o menos conscientemente, cuando aceptamos la existencia de la norma abstracta que sólo puede ser tal si 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 normas abstractas de *common law*, caso en el cual precisa un doble proceso de generalización primero y de concretación después.

Demostrada, como ha sido desde Merkel, la construcción escalonada del orden jurídico, y aceptada la existencia en el campo del derecho de las normas individuales o concretas como integrantes del orden 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 sólo las normas generales, que resuelve sólo un problema de utilidad o de conveniencia y excluir la incorporación de la norma concreta o individual que resuelve un problema de necesidad.

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

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 territorio. Tal es el caso por ejemplo en la regulación de actos que las partes realicen buscando 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 exegética sino 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 no pueden referirse a normas abstractas, pues que como hemos visto tal referencia nos lleva a una solución sin sentido lógico y contraria a los más esenciales caracteres del derecho. Por el contrario, cuando la norma de derecho internacional privado reclame 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 en el cual tendremos forzosamente que ocuparnos de los efectos que esta dualidad de solución tiene en los problemas técnicos que son los problemas de calificación, reenvío y orden público.

Sin embargo, es conveniente notar que por medio de este dualismo en el efecto de la norma de incorporación, se logra efectivamente una solución completa al problema que hasta ahora resuelve parcialmente la teoría internista de la incorporación.

Debe notarse también que en las soluciones finales de los problemas de conflicto de leyes o de derecho internacional privado tiene también un efecto decisivo la aplicación dual de la norma referida unas veces al orden jurídico extraño en cuanto a sus normas abstractas y otras veces en cuanto a sus normas concretas.

En estudios posteriores, particularmente en el estudio de los problemas técnicos de la aplicación de leyes extrañas, problemas agrupados generalmente bajo la designación de "teoría general" del derecho internacional privado, estudio que deberá publicarse posiblemente en el curso del presente año, he de ocuparme en el análisis de la norma de incorporación a la luz de los principios que se han expuesto hasta aquí, para ver el efecto que la distinción hecha tiene en el campo de la técnica del derecho internacional privado, precisando un poco más los estudios que se han hecho en la exposición de estos problemas en la cátedra.

Hemos de ver igualmente cuál es el efecto que la incorporación produce

tanto frente al sistema incorporante como en cuanto a la norma incorporada ya sea general o concreta.

Por el momento creo que lo expuesto hasta ahora es suficiente para poder concluir que el problema fundamental del derecho internacional privado que presenta la territorialidad del derecho frente al comercio y a la vida internacional de los hombres es un problema cuya resolución compete de manera exclusiva a cada Estado. Cada Estado debe proveer en la esfera de su legislación interna a la resolución de los problemas de este tipo que se le presentan por medio de normas de aplicación de normas extrañas. Estas normas de aplicación tienen como efecto primordial la incorporación al derecho propio de normas integrantes de un sistema jurídico extraño. Esta incorporación se realiza paralelamente en dos formas diversas: por la incorporación de las normas generales o abstractas del sistema declarado aplicable, cuando la actividad humana que va a apreciarse se realiza dentro del ámbito de vigencia del sistema que contiene la norma incorporante; o bien incorporando la norma jurídica concreta formada por la realización de la hipótesis de una norma extraña, cuando se trata de apreciar el efecto que en el sistema jurídico incorporante tendrá una actividad humana realizada fuera de su ámbito de vigencia.

Como observaciones finales debo hacer notar que he querido abstenerme totalmente de la ejemplificación, sin desconocer su valor didáctico, no sólo por no exponer el estudio a la desviación que hemos denunciado como continua y que consiste en buscar en la solución equitativa o útil del caso planteado una base técnica desentendiéndose del proceso lógico de su formación.

Debe observarse también que la adición que se hace en la exposición anterior a la tesis de la incorporación, tal como ha sido expuesta por los tratadistas que se han citado, aun cuando no implica una distinción nueva si se tiene en cuenta la elaboración de Zitelmann, sí hace posible un análisis mucho más claro de los problemas de esta rama del derecho, llevando al campo del derecho internacional privado la aplicación de la dogmática general de derecho sin divorciarla ni de la técnica jurídica ni de las necesidades de la vida humana.