

# NOTAS SOBRE LOS PROBLEMAS DE RELACION ENTRE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO PUBLICO.

Lic. Laura Triguero  
Profra. Escuela Libre de Derecho

**1.- PLANTEAMIENTO.- 2.- ANALISIS DE LA CLASIFICACION DE DERECHO PUBLICO-DERECHO PRIVADO.- 2.1.- Consecuencias.- 3.- ANALISIS DEL SISTEMA.- 4.- CONCLUSIONES.**

## 1.- PLANTEAMIENTO

Si buscáramos una nota con la que el Derecho Internacional Privado fuera identificado por propios y extraños no vacilaríamos en señalar el sinnúmero de problemas que presenta y el desacuerdo permanente que existe entre quienes se dedican a su estudio y aplicación en la práctica. Su denominación es impugnada por la falta de propiedad de sus términos y se acepta, en general, porque ha sido consagrada por la tradición; se debate también sobre su contenido, actualmente asistimos a un proceso de revisión con respecto a los problemas que deben integrarlo, pues la heterogeneidad de los sujetos y de los sistemas que intervienen en el tráfico jurídico internacional ha provocado una situación sumamente confusa.

La polémica de mayor envergadura en este momento es la que se suscita sobre la relación entre el Derecho Internacional Privado y el derecho público y comprende dos problemas principales: la influencia de este último en el derecho internacional privado del juez y la posibilidad de aplicación del derecho público extranjero en el foro. Las soluciones que se han apuntado en torno al problema adoptan posturas extremas: un rechazo total o un entusiasmo exagerado sobre la posibilidad de inclusión de esta rama del derecho dentro de la problemática del conflicto de leyes<sup>1</sup>; la opción moderada que presentan autores como A. Mann no ha tenido una acogida suficiente a pesar de representar una tercera opción.

Una reflexión minuciosa sobre estos hechos y una revisión general de los problemas a que actualmente se enfrenta esta disciplina nos obligan a buscar un enfoque distinto al hasta ahora empleado que permita otra perspectiva y a preguntarnos si es en el objeto de la misma donde se generan, al menos en parte, las cuestiones que parecen irresolubles.

No se trata de saber si el objeto del Derecho Internacional Privado se amplía o se reduce por simple afán especulativo o, como dice el profesor Miaja de la Muela "por el placer iúdico que proporciona la gimnasia mental a que obliga la materia"<sup>2</sup>, sino de encontrar una mejor manera de regular las relaciones del tráfico internacional que no son inventos de la imaginación sino problemas de todos los días.

Con este motivo, realizaremos una revisión de las principales dificultades que presenta la división tradicional del Derecho en público y privado respecto del objeto de estudio del Derecho Internacional Privado y posteriormente un análisis sistemático del orden jurídico

y de las normas que lo integran para tratar de encontrar un camino más adecuado en la solución de las relaciones esbozadas.

El objetivo del trabajo es analizar el enfoque tradicional del problema y sus consecuencias y, en su caso, presentar otras posibilidades de análisis que faciliten el manejo de los problemas y hagan más consistentes las soluciones. No trata de solucionar los cuándoos ni los cómoos, si no de encontrar los porqués.

## 2.- ANALISIS DE LA CLASIFICACION DE DERECHO PUBLICO - DERECHO PRIVADO

Sin intentar una definición, puede afirmarse que el Derecho Internacional Privado se ocupa de regular y resolver los problemas que derivan del tráfico privado internacional, de implementar los métodos adecuados para resolver los conflictos de leyes.

Su objeto se ha fincado tradicionalmente en la división derecho público-derecho privado. A pesar de las dificultades que presenta esta clasificación y de las afirmaciones reiteradas sobre los problemas que implica su adopción<sup>3</sup>, sigue siendo un elemento básico en la construcción del mismo. Bien sea que se le considere como un estudio de relaciones jurídicas determinadas o como una técnica de solución de conflictos, bien que se considere a la norma o a la relación jurídica como su materia prima, hay una referencia obligada en los autores a este carácter privatístico y la tendencia lógicamente derivada es la de excluir cualquier contacto con el derecho público de una manera tajante.

Esta exclusión que deriva del objeto mismo de la ciencia opera en dos sentidos: las normas de derecho público no son aptas para integrar los métodos del Derecho Internacional Privado, especialmente del conflictual y, cuando provienen de un sistema jurídico extranjero no pueden ser recibidas y aplicadas en el sistema propio.

2.1.- La delimitación del área de estudio de esta rama del Derecho, su deslinde con respecto a otros campos de la ciencia jurídica, es indispensable; recurrir con este fin a la identificación de las relaciones privadas internacionales como la materia propia del Derecho Internacional Privado ha cumplido una función importante y sin embargo las consecuencias que acarrea esta pretendida diferencia específica tienen alcances sumamente problemáticos en el momento actual porque las circunscripciones que impone no se ajustan a la complejidad de las relaciones que maneja.

2.1.1.- La primera dificultad con que topamos se encuentra en el hecho de que no existe acuerdo en la doctrina sobre la definición y las características diferenciales del derecho público y el privado. En efecto, las teorías al respecto son muy numerosas<sup>4</sup> y los criterios empleados para su construcción se basan lo mismo en la naturaleza de los sujetos implicados en la relación que en el tipo de relación establecida, en la finalidad de la norma que en la identificación de los beneficiarios de la misma<sup>5</sup>.

Por otra parte, el carácter relativo de la división, su variabilidad demostrable en diferentes épocas y en distintos países, hace más incierta su aplicación.

¿Cómo decidir si las técnicas de regulación y solución de esta ciencia se aplican a un problema determinado cuando los distintos sistemas jurídicos relacionados lo consideran de diferente naturaleza? ¿Cómo saber si una norma jurídica puede o no considerarse aplicable cuando un sistema la califica como de derecho público y otro como derecho privado?<sup>6</sup>

2.1.2.- "Las divisiones y clasificaciones del Derecho, igual que las existentes entre el Derecho y otras ciencias, son arbitrarias", dice Carnelutti<sup>7</sup>. En efecto, al definir cada uno de los sectores de clasificación se establecen a priori, las características que determinan la pertenencia o ubicación de los elementos (relaciones o normas en el caso del Derecho), en cada categoría y se les atribuyen también consecuencias perfectamente determinadas. En muchas ocasiones este procedimiento conduce a una cierta rigidez en el análisis, sobre todo cuando el área de estudio contiene elementos dinámicos que varían con frecuencia.

En el caso que nos ocupa las características consideradas como propias para deslindar la división, resultan demasiado abiertas, los criterios adoptados o los términos empleados para designarlas son demasiado vagos: intervención del Estado, interés de la comunidad; si a esto agregamos su variabilidad en el tiempo y en el lugar y la fuerte influencia que en ella ejercen factores económicos, sociales y políticos, tendremos como resultado una arbitrariedad extrema.

Por otra parte, las distinciones pretendidas no son tan diáfanas en la realidad. Existen relaciones características de las funciones esenciales del Estado que no pueden ser clasificadas más que en el sector del derecho público, pero otras muchas son indiferentes y su ubicación depende entonces únicamente de los criterios elegidos o de su interpretación.

Además las relaciones jurídicas y en ocasiones también las normas, contienen elementos diversos donde lo público y lo privado se mezclan de manera singular, sin atender a reglas preestablecidas<sup>8</sup>, la preponderancia de un elemento u otro determina entonces la clasificación y cualquier cambio en su equilibrio, provenga de donde provenga, redundará necesariamente en una alteración del sector seleccionado con todas las consecuencias que esto implica<sup>9</sup>.

2.1.3.- Actualmente puede observarse otro fenómeno que contribuye a la crisis de la clasificación en cuestión y aumenta las dificultades de su aplicación a nuestra disciplina: la evidente intervención del Estado, cada día más acentuada, en la regulación de materias antes sometidas por completo a la voluntad autónoma de las partes y consideradas, por tanto, dentro del ámbito del derecho privado.

Esta situación es particularmente notoria a partir de la crisis del sistema económico occidental que empieza a manifestarse a fines del siglo pasado y alcanza sus momentos más álgidos en 1929.

De manera general, se habla con respecto a este fenómeno de una publicización del derecho. Se advierte desde entonces la tendencia a un control más estrecho de las relaciones jurídicas entre particulares que se manifiesta en una conversión del derecho privado en público, en un ensanchamiento del campo que le corresponde a este último en la mencionada división.

Además de este cambio de frontera, la publicización provoca la multiplicación de las zonas grises a que se refiere Fedozzi<sup>10</sup>, zonas situadas entre el derecho privado y el público, donde los elementos de uno y otro se entrelazan de manera inextricable, pues a medida que se alejan del núcleo central donde se localizan las relaciones típicas de una rama determinada, la claridad disminuye y las infiltraciones entre ambas se producen con mucha frecuencia.

El problema de estas zonas se acrecienta también por la tendencia moderna a crear relaciones sui generis, debidas al crecimiento de las funciones del Estado, en las que los elementos públicos y privados se combinan desde su inicio<sup>11</sup>.

En el caso específico del Derecho Internacional Privado la publicización reviste una importancia muy especial porque provoca la reducción, al menos aparente, de su área de operatividad y sobre todo porque da lugar a un territorialismo que se señala como característica necesaria del derecho público que contraría las finalidades de cooperación internacional por las que tanto se ha luchado.

## **2.1.- Consecuencias**

En conclusión, las consecuencias concretas que derivan de la inclusión de la división derecho público-derecho privado en la construcción del objeto del Derecho Internacional Privado y determinan las relaciones de aplicabilidad del derecho público en su campo de trabajo, son las siguientes:

a) La selección de los problemas que incluye y de las normas que lo integran es arbitraria.

La falta de seguridad elemental en esta selección deriva de la dificultad que implica la calificación de las normas y de las relaciones o de sus elementos, debida a las deficiencias en la definición y a la variabilidad de los criterios empleados en la clasificación que la sustenta.

b) La realidad se falsea, se aprecia con parcialidad y rigidez, porque el enfoque no es el adecuado.

En este contexto, la injusticia surge con facilidad.

c) Contribuye en gran medida al desarrollo del territorialismo como solución final de los conflictos de leyes, solución que no es definitivamente la más adecuada para lograr las finalidades que persigue la disciplina; aun cuando la publicización del derecho no es su única causa, al señalarse como nota característica del área y de sus normas en particular, contribuye a su resurgimiento.

d) Es evidente, aunque no sea ésta la ocasión para demostrarlo, que la clasificación de referencia tiene una base real, pero su utilidad para resolver los problemas de esta materia en particular resulta cuando menos, muy discutible.

### 3.- ANALISIS DEL SISTEMA JURIDICO

Las reflexiones anteriores nos motivan a buscar otro enfoque en base al cual efectuar la selección de elementos y la construcción del objeto de esta materia y así determinar de manera más segura, más real y más justa qué problemas debe solucionar el Derecho Internacional Privado y cuáles normas son susceptibles de aplicación para cumplir con ese propósito.

Loussouarn al comentar algunos aspectos del problema que nos ocupa, se pregunta si son éstos problemas nuevos que requieran métodos nuevos y nuevas soluciones y reclama que el camino hasta ahora adoptado, sobre todo por lo que se refiere a la técnica de las normas de aplicación inmediata, es el de echar el vino nuevo en odres viejos<sup>12</sup>. No pensamos que sea así.

La evolución del Derecho Internacional Privado es un proceso en marcha. Las técnicas implementadas para la solución de los problemas que se le plantean no han permanecido estáticas; a pesar de las deficiencias que lo aquejan, se ha ido perfeccionando y afinando para responder con más eficacia a sus finalidades.

La polémica que actualmente nos ocupa es sólo un momento crítico en este proceso de desarrollo, que, por otra parte parece seguir pautas similares en la evolución de otros problemas técnicos concretos, en donde se ha pasado del estudio casuístico a los intentos de clasificación y posteriormente al análisis de la norma y del ordenamiento del que forma parte y esta evolución ha permitido los avances más firmes y mejor logrados.

El sustrato de la construcción del concepto de derecho público es real, como también lo es el hecho de que en todo sistema jurídico existen áreas normativas en donde por un motivo u otro, no se permite la sustitución de las reglas y se tiende a imponerlas de manera absoluta. Pero tal como quedó asentado, estas áreas no pueden identificarse a través de una conceptualización demasiado abstracta, como la de derecho público, porque su misma abstracción la vacía de contenido.<sup>13</sup>

Tampoco puede fundarse en las consecuencias que se atribuyen a las normas que lo integran, pues este procedimiento carece de toda lógica, sin contar con que estas consecuencias no le son exclusivas<sup>14</sup>.

El fundamento debe entonces buscarse en las normas mismas, en su naturaleza y características, consideradas siempre como parte integrante de un sistema del que son elementos.

3.1.- El sistema jurídico puede describirse de manera muy general como un conjunto de elementos ordenados conforme a criterios.

Sus elementos son de dos tipos: uno estático, de evolución pausada constituido por los principios generales de derecho y otro dinámico, cuyos cambios se producen más frecuentemente por su necesidad de adaptarse a los procesos de la vida, constituido por las normas jurídicas.

Los criterios de ordenación que se imponen de manera necesaria para la formación del sistema son de varias clases y se presentan en diferentes momentos en su integración: unos son prenormativos como los criterios lógicos, los lógico-jurídicos y los ontológico-jurídicos pues expresan relaciones necesarias entre los elementos del sistema; no pueden dejar de darse sin que se pierda la unidad, la coherencia y la armonía de lo ordenado, porque se refieren a estructuras lógicas, a características de legalidad del ente derecho<sup>15</sup>

Se dan también otros criterios de normatividad implícita, son los axiológicos, se refieren a los valores que se buscan como informantes del sistema, a cuya realización va a tender éste como finalidad<sup>16</sup>.

Otro tipo de criterios, en cambio, se dan con el sistema mismo, son los principios generales, que en ocasiones se formulan normativamente y se integran al sistema con un doble papel, como elementos superiores en la estructura jerárquica y como criterios de ordenación.

Los criterios lógicos plantean la necesidad de ordenación tomando como punto de partida la estructura de la norma y pretenden lograr la unidad y congruencia del sistema.

La norma es, desde este punto de vista, una proposición condicional donde supuesto y consecuencia están ligados entre sí por una orden de validez. Las características que derivan de esta estructura formal son su generalidad y su abstracción<sup>17</sup>.

Ahora bien, estas características constituyen, de acuerdo con los criterios lógicos, los puntos medulares de la estructura formal del sistema. En base precisamente a la generalidad y abstracción de sus elementos, éstos se ordenan en jerarquías, se encadenan en forma sucesiva de más a menos y garantizan así la unidad y la congruencia pretendidas.

Los criterios axiológicos se fundan en el reconocimiento de la existencia de valores que el ordenamiento quiere lograr. La función del sistema jurídico es regular la conducta humana para alcanzar finalidades concretas que corresponden a los valores mencionados y la norma, como parte integrante del sistema, participa de sus fines genéricos pero tiende además a lograr un fin específico, una parte en el orden social, su parte en la consecución de la seguridad jurídica, el bien común y la justicia en una materia determinada. Estas circunstancias determinan la importancia de cada norma en el sistema y fundamentan, de acuerdo con los criterios axiológicos su jerarquización en este otro sentido.

Esta jerarquización, directamente relacionada con la importancia de la norma por la función que realiza o por la finalidad que persigue, determina el grado de imperatividad con que se le reviste, puesto que el rigor con que la norma se impone a los sujetos no siempre es el mismo.

3.2.- La imperatividad resulta así una característica de la norma que deriva de su estructura y de su relación con el sistema y al mismo tiempo, una característica del sistema y un fundamento de su ordenación. Es una característica que relaciona las estructuras jerárquicas ya que trasciende de lo axiológico para adoptar una expresión técnica.

Un examen del sistema jurídico desde esta óptica permite observar áreas en que la imperatividad de la norma se establece como básica, es decir, debe mantenerse en forma absoluta porque atañe a los elementos estructurales del ordenamiento; independientemente de que estos elementos correspondan a uno u otro aspecto de la estructura jerárquica mencionada, a la estructura formal, material o axiológica.

En otros sectores en cambio, la imperatividad varía de época en época, porque no refiriéndose a elementos estructurales del ordenamiento jurídico, no están dotados de la permanencia de aquéllos; son áreas que en un momento determinado constituyen priori-

dades para el sistema y en ese momento y en tanto conserven esa característica, estarán dotados de una imperatividad especial, imperatividad directamente relacionada con la finalidad que se pretende lograr con su implementación.

En ambos casos, este tipo de normas son objetivamente identificables tanto por su posición en la estructura jerárquica del sistema jurídico, por los elementos primordiales mencionados o en ocasiones por una identificación expresa por parte del legislador, aun cuando este último método adolezca de las fallas que supone cualquier deficiencia en la técnica legislativa y el frecuente abuso por parte de quien redacta las leyes, del empleo de términos desgastados a fuerza de ser utilizados indebidamente como son los de orden público e interés público con que se acostumbra enfatizar la importancia de algunos ordenamientos legislativos.

3.3.- Desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado y del problema que nos ocupa en particular, estos criterios sobre todo el de imperatividad parecen presentar una opción más sólida y quizás la única que pueda fundamentar adecuadamente la actitud de recepción o rechazo de una norma extranjera cuando se pretende su incorporación en un sistema jurídico determinado porque la decisión se tomará en base a elementos de estructura objetivamente presentes en el sistema incorporante y en el extranjero, y no provenientes de una clasificación que, por más datos reales que presente, entraña problemas de tal magnitud que le restan confiabilidad y certeza.

En este orden de ideas habría que distinguir tres sectores en particular que corresponden en la práctica a las áreas de imperatividad anteriormente mencionadas y que precisan y limitan las posibilidades reales de sustitución de las normas del sistema por normas extranjeras:

a) las normas que determinan la constitución del sistema jurídico, las que constituyen su esencia y su base.

E. Trigueros las denomina leyes constitutivas y señala que son aquellas que definen la naturaleza del sistema jurídico y acotan sus límites tanto espaciales como personales, estableciendo la integración del grupo; las que organizan el sistema en la forma de gobierno, instituciones, competencias y funcionamiento, así como las que fijan las relaciones básicas entre gobernantes y gobernados<sup>18</sup>.

"Es indudable que ninguna ley constitutiva puede ceder su lugar a otra ley extranjera, pues esto sería tanto como dejar la existencia, la integración, la naturaleza y la organización del sistema sujeto a variaciones o modificaciones que dependen de autoridades extrañas, lo cual vendría a ser la negación de la individualidad, de la autonomía y en consecuencia de la existencia del sistema jurídico"<sup>19</sup>.

Estas normas son las que regulan las funciones esenciales del Estado. Si atendiéramos a la clasificación derecho público-derecho privado, constituirían el derecho público en su sentido estricto, tal vez en su sentido original. Son normas que no pueden considerarse incluidas en el Derecho Internacional Privado porque son los pilares de construcción del sistema a que pertenecen y por tanto de aplicación absolutamente territorial, ya que es este el efecto inmediato de la imperatividad de que están revestidas y que las coloca en la cúspide de la estructura jerárquica del sistema.

b) Las normas relativas o que constituyen principios estructurales de las instituciones del ordenamiento.

Están ubicadas en un escaño jerárquico de primera importancia porque sustentan la construcción posterior<sup>20</sup>. Conforman principios sin los cuales el sistema deja de ser lo que es. Si estas normas o principios fueran substituidos perdería sentido la reglamentación del área de referencia.

Su imperatividad es pues absoluta, pero no operan como las anteriores descartando el juego de las reglas de vinculación, funcionan en el Derecho Internacional Privado y lo hacen limitando la efectividad de la norma considerada como aplicable, impidiendo su incorporación en el sistema propio precisamente en virtud de su contenido, porque su

manera de regular o de concebir una institución o una relación jurídica no es compatible con los conceptos de la norma jerárquicamente superior del sistema receptor.

La posibilidad de aceptar normas extranjeras relacionadas con ellas depende y se circunscribe a la congruencia del contenido de tales normas con estos principios y a su posibilidad de adaptación con las normas jerárquicamente superiores.

Operan, pues, como una defensa del sistema y constituyen, si nos situamos en la terminología tradicional, el contenido efectivo de la llamada excepción de orden público en su aspecto internacional<sup>21</sup>.

Es interesante observar que durante mucho tiempo se identificaron las nociones de derecho público y orden público y se sujetaron a un tratamiento idéntico, basado en líneas de definición muy vagas, en rasgos de fuerte imperatividad y en la realización de una función semejante, la de barreras del sistema conflictual. Fueron Diena y Bartin quienes precisaron y diferenciaron, al menos en lo esencial sus respectivos campos de operación<sup>22</sup>.

c) Las normas llamadas por la doctrina de "aplicación inmediata" que se identifican por la función de salvaguarda y protección de la organización política, social y económica del país a cuyo sistema jurídico pertenecen<sup>23</sup>.

La imperatividad en este caso, responde directamente a la importancia del contenido de la norma, dado que su función es reglamentar la consecución de un fin de primer orden para el Estado que las adopta. Este grado de imperatividad corresponde a un momento en la evolución o en el desarrollo del país y supone, generalmente, la necesidad de establecer un control más efectivo por parte de la autoridad, en algunas áreas de la vida jurídica cuya importancia no había sido considerada como prioritaria con anterioridad.

Por estas razones son normas a las que tradicionalmente se agrupa bajo el rubro del derecho público, pero su diferencia con las normas constitutivas es evidente y no hace sino demostrar una vez más la inutilidad de una división que puede abarcar elementos tan diversos.

Tienen como característica común ser dictadas por motivos de índole social y económico, por tanto expresan una necesidad temporal; no pueden equipararse con las normas agrupadas en el sector inmediatamente anterior porque no son principios estructurales del sistema y por lo tanto no tienen la estabilidad que caracteriza a aquéllas; pero en su momento son rigurosamente imperativas, son imprescindibles pues su contenido, su finalidad, las ubica en tal lugar de la jerarquía del ordenamiento que sus efectos no pueden ser desatendidos<sup>24</sup>. Lo esencial en ellas es su contenido, no su clasificación<sup>25</sup>.

Consecuencia lógica de lo anteriormente dicho es que estas normas se imponen substituyendo a las normas conflictuales para solucionar el problema de Derecho Internacional Privado en forma distinta a la normalmente prevista por ellas. Bien sea que esta situación se considere como un nuevo método de solución<sup>26</sup> o que se pretenda que operen como normas conflictuales unilaterales o que se impongan como excepción "en un proceso que recuerda al de la excepción de orden público y que produce sus mismos efectos perturbadores"<sup>27</sup>, su presencia es indiscutible y su imperatividad manifiesta.

Esta misma imperatividad basada en su contenido, determina que deban tomarse en cuenta y aplicarse en su oportunidad cuando se las identifique en un sistema jurídico extranjero señalado como atinente para regular la relación conflictual. Para tal efecto, el camino a seguir deberá ser su incorporación a través de normas conflictuales generales.

Despejado el obstáculo que representa su clasificación como normas de derecho público, es indispensable admitir que este tipo de normas pueden reglamentar una materia determinada y por lo tanto deben ser consideradas como aplicables en virtud de la conexión operada por la norma conflictual<sup>28</sup>.

Se ha señalado otro camino para lograr este mismo efecto y es el de bilateralizar las propias normas de aplicación inmediata, las contenidas en el sistema del juez<sup>24</sup>; sin

embargo esta opción no parece adecuada, porque la heterogeneidad de los sistemas en estos aspectos implica muchas variaciones de grado en la regulación de materias concretas, por lo que la identificación de las áreas reguladas con imperatividad especial se dificulta. Por otra parte, la clase de puntos de conexión empleados en estas normas suelen ser alternativos, lo cual entorpece mucho el procedimiento.

3.4.- El último aspecto que consideraremos en relación con este problema, es el del grado de efectividad que puede darse a una norma de derecho público cuando sea considerada aplicable en un sistema jurídico diferente del que lo creó.

A este respecto se dice que, en la mayoría de los casos, no se trata de una verdadera aplicación, sino simplemente de una "toma en consideración" y que sus efectos son muy limitados.<sup>30</sup>

Tal parece que, nuevamente una óptica diferente en el análisis permite apreciar con más claridad la realidad, al eliminar los filtros que la distorsionan.

Si consideramos que las normas que integran un sistema jurídico no son idénticas entre sí en todos sus aspectos, si recordamos que las características de generalidad, abstracción, imperatividad, no se presentan en todas ellas en el mismo grado y que esta diferencia permite su ordenación jerárquica en el sistema, fundamentando su estructura, debemos admitir que su aplicación en la práctica y sus efectos se verán afectados por los mismos factores.

Cuando una norma extranjera se aplica en un sistema jurídico determinado, conserva sus características estructurales y sus efectos dependerán básicamente de las mismas. Si se trata de la incorporación de una norma general y abstracta su efecto será crear condiciones determinadas para regular las relaciones o actividades que se realicen en el sistema que contiene la norma incorporante y que tendrán repercusión en otros sistemas; si se incorpora una norma concreta, su efecto será dar validez a la relación o actividad realizada fuera de su ámbito de vigencia<sup>31</sup>.

A normas de características diferentes deben corresponder lógicamente consecuencias diferentes, sin que esto demerite el sentido de su aplicación real, aplicación que se efectúa en ambos supuestos<sup>32</sup>.

#### **4.- CONCLUSIONES**

En resumen, de lo expuesto se deriva que acudir a la división del Derecho en público y privado dificulta enormemente la identificación de la problemática objeto del Derecho Internacional Privado, el cual debe enfocarse desde el punto de vista de los métodos que emplea para resolver los conflictos de leyes y no por las normas o relaciones clasificadas en dicha división<sup>33</sup>.

El planteamiento de los problemas concretos en la aplicación del derecho extranjero desde este punto de vista resulta de muy difícil solución.

El análisis del problema desde la perspectiva propuesta, adoptando como fundamento las características propias del sistema jurídico y de las normas que lo integran, elimina los obstáculos señalados y permite la identificación y solución de los problemas donde verdaderamente se encuentran.

Puede concluirse que, desde el punto de vista del sistema jurídico del juez, de la aplicación de los criterios lógicos de ordenación deriva la existencia de normas constitutivas y principios estructurales del sistema, perfectamente identificables de manera objetiva que no pueden ser substituidos por normas extranjeras. Su rigurosa imperatividad se funda en las características mismas del sistema.

Estas normas y principios deben aplicarse de manera necesaria para que el sistema jurídico subsista como tal, pero su relación con el Derecho Internacional Privado es de diversa índole, pues mientras las primeras no pueden ser incluidas dentro de su

problemática, las segundas funcionan como límites a la efectividad de la norma extranjera considerada aplicable para la solución del problema planteado.

Los criterios axiológicos, por su parte, determinan la imperatividad de las normas llamadas de aplicación inmediata en atención a la importancia de sus contenidos. Estas normas impiden la aplicación del derecho extranjero porque establecen áreas de restricción y solucionan los problemas del Derecho Internacional Privado en forma directa.

Su identificación debe lograrse por vía legislativa puesto que su existencia como tales depende de decisiones fundamentales sobre los valores y las finalidades a lograr en un lugar y en un momento determinados.

Desde el punto de vista del derecho extranjero, puede ser incorporada cualquier norma de un sistema jurídico señalado como atinente para resolver el problema conflictual por las normas de vinculación del sistema incorporante. Sus limitaciones son las anteriormente expuestas<sup>34</sup>.

Con respecto al grado de efectividad de la norma extranjera en el sistema receptor, ésta está directamente relacionada con la generalidad o concreción de la misma norma incorporada.

Laura Trigueros de Gómez del Campo.

## NOTAS

1) Cfr. Batiffol, H., *Droit International Privé*, 5a. ed. T.I., París 1970, pág. 300; Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, 6a. ed., T. I., Ed. Atlás, Madrid 1972, pág. 16; Carrillo Salcedo, J.A., *Derecho Internacional Privado*, Ed. Tecnos, Madrid 1971, pág. 33 ss. Vallindas, P., "Droit International Privé *latu sensu* ou *strictu sensu*" en *Mélanges Maury*, T. I. París 1960, pág. 509; Zweigert, "Droit International Privé et Droit Public" en *Revue critique de Droit International Privé*, 1965, pág. 645; Mann, A., "Conflicts of laws and public law" en *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, T. 132 (1971-I) pág. 166.

2) Miaja de la Muela, A., *De la territorialidad de las leyes a la nueva técnica del Derecho Internacional Privado*. Cuadernos de cátedra J. B. Scott. Universidad de Valladolid, 1977.

3) Miaja de la Muela, A. *Derecho Internacional Privado*, op. cit. pág. 9 ss.

4) Gustavo R. Velasco menciona la existencia de diecisiete teorías al respecto en su estudio "Sobre la división del Derecho en público y privado" en *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, año XXVIII, No. 3, 1978 pág. 857 ss.

5) Una reseña pormenorizada de estos criterios puede encontrarse en el artículo de Velasco G., antes mencionado. *Idem*. p. 858 ss.

6) Sobre estos problemas pueden encontrarse numerosos ejemplos en Mann, A. op. cit. pág. 134 ss.; Riphagen, W. "Public and Private law" *Recueil des Cours* T. 102 (1961-I) pág. 225 ss. Jessup, Ph., *Derecho Transnacional*, Ed. Trillas, México 1967, pág. 23 ss.

7) Carnelutti, F. *Metodología del Derecho*, 2a. ed. Trad. Dr. Angel Osorio, Ed. Manuales UTHEA No. 124, México 1962, pág. 14.

8) Riphagen, W. op. cit. pág. 219.

9) La protección de menores es un ejemplo clásico cuyos efectos pueden observarse en las Convenciones de La Haya de 1902 y 1960 respectivamente.

10) Fedozzi, P., "De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public" en *Recueil des Cours* T. 27 (1929-II) pág. 154.

11) Ejemplo característico es el área corporativa paraestatal.

12) Loussouarn, Y., *Cours Général de Droit International Privé* en *Recueil des Cours* T. 139 (1973-II) pág. 318.

13) Sobre este problema consultar Larenz, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. Enrique Gimbernat, Ed. Ariel, Barcelona 1960, pág. 335.

- 14) Miaja de la Muela, A. De la territorialidad... op.cit. pág. 18.
- 15) García Maynez, E. Lógica del Concepto Jurídico, op. cit. pág. 11; Garcia Maynez, E. Lógica del raciocinio Jurídico, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1964 pág. 54 y 71; Kelsen, H. "Teoría pura del Derecho y teoría egológica" en Revista de la Facultad de Derecho de México T. III, No. 10, ab-jun 1963 pág. 53.
- 16) García Maynez, E. Lógica del Raciocinio Jurídico, op. cit., pág. 54
- 17) García Maynez, E. Filosofía del Derecho, Ed. Porrúa, México 1974, pág. 32
- 18) Trigueros S., E., Estudios de Derecho Internacional Privado, ed. UNAM, México 1980, pág. 207.
- 19) Idem, pág. 208.
- 20) En este sentido Mann, A. op. cit. pp. 122, 129 y 133.
- 21) Trigueros, E., op. cit. pp. 267-270.
- 22) Miaja de la Muela, A. "De la territorialidad" op. cit. pág.
- 23) Francescakis, Ph. "Conflict des lois" en Repertoire de Droit International Privé, No. 136.
- 24) Loussouarn, op. cit., págs. 317 y 318; Mann, op. cit., pág. 129.
- 25) En este sentido cfr. Fedozzi, P., op. cit. p. 151 ss.; Mann, A., op. cit. pág. 166; Loussouarn Y., op. cit. pág. 318.
- 26) Francescakis, Ph., "Conflict des Lois..." op. cit. No. 136 y "La theorie du Ren voi..." op. cit. p. 9 ss.
- 27) Batiffol, H., Le pluralisme des méthodes den Droit International Privé, Recueil des Cours, T. 139 (1973 - II) p. 139 - 140.
- 28) En este sentido Batiffol, H. "Le pluralisme" op. cit. p. 142 y 144; Loussouarn, op. cit. p. 3; Belair, Claude "Algunas consideraciones sobre las consecuencias de la intervención del Estado en materia de Derecho Internacional Privado" en Tercer Seminario Nacional de Derecho Privado, México 1979.
- 29) Ver Belair, op. cit. p. 16; Loussouarn, op. cit. p. 322.
- 30) Carrillo Salcedo, I. A., op. cit. p. 35; Mann, A., op. cit. pág. 192, entre otros.
- 31) Trigueros, E. op. cit. p. 183 ss.
- 32) Como sucede en los casos de doble imposición, en el Derecho fiscal y de extradición en el Derecho Penal
- 33) Belair, op. cit. p. 23
- 34) Sin menoscabo de otras excepciones que se pueden plantear por causas diversas