

LA NORMA DE CONFLICTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. UNA EXPLICACIÓN BREVE DESDE UN ENFOQUE LINGÜÍSTICO

Jorge Alberto Silva¹

I. Introducción

En todo curso de Derecho internacional privado (DIPr), si se precia de serlo, no falta una explicación de las llamadas *normas de conflicto*. Por lo general, se parte de conceptos preconcebidos y de ahí se sigue a la concreción de “situaciones conflictuales” más concretas. El enfoque presupone el significado de una norma conflictual y de ahí, como si fuera un silogismo, se desciende a situaciones concretas. Difícilmente se encuentran trabajos de teoría en los que se parta de los enunciados “conflictuales” en busca de una explicación de los mismos. En este sentido, el concepto de norma conflictual con el que se suele partir es el ya reiterado en el pasado por otros autores. Me parece que este concepto merece una revisión acorde a las nuevas ideas que presenta la Teoría del derecho, incluida la del lenguaje.

Un iusinternacional privatista podría partir del significado de lo que es una norma de conflicto a partir de los usos que pregonan la Teoría General del Derecho; no obstante, los teóricos del derecho no parecen haberse preocupado por su definición, lo que ha llevado a los juristas del Derecho internacional privado a tener que explicarla. Por desgracia, no todos los que se especializan en una disciplina diversa a la teórica están preparados para desarrollar un aspecto que es especialmente teórico. Debo confesar que yo no soy un teórico del derecho pero estoy consciente que las preparadas para la teoría deberían apoyar a los cultivadores de otras disciplinas. Incursiono, por lo tanto, en un tema propio de la teoría.

En estas notas pretendo explicar (en forma muy breve, sencilla y en cierta forma simplista) un aspecto de norma de conflicto (así se le conoce) a partir de su estructura y

¹ Profesor de derecho internacional privado. Agradezco al Prof. Adrián Rentería del Instituto di Filosofia e Sociologia del Diritto, Università degli Studi di Milano, sus comentarios a este ensayo. De igual forma, van mis agradecimientos para el Prof. Rodolfo Vázquez del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM).

análisis lingüístico con la finalidad de obtener algunos caracteres definitorios.² En otros idiomas suele designarse como *norma di collegamento* (italiano), *règles de rattachement* (francés), *rules of choice of law* (inglés), *Kollisionnormen* (alemán).

Me referiré a la norma de conflicto objeto de estudio y regulación del DIPr. Para su explicación construiré un modelo o estructura sintáctica normativa. Aunque me interesa el aspecto teórico utilizaré algunos ejemplos. Deliberadamente omito desde el inicio las definiciones que de estas normas han dado los ius internacional privatistas, así como los cuestionamientos que a sus definiciones se les pudieran hacer.

Debido a lo sintético de estas notas, muchas de las premisas y respuestas serán sugeridas. Apelo a la bondad del lector para que enfoque su atención al modelo y no a la explicación de las normas conflictuales de algún ordenamiento jurídico específico.

Debo llamar la atención al hecho de que no pretendo presentar una nueva teoría, sino *solo explicar (muy panorámicamente), desde una perspectiva estructural y lingüística, lo que es una "norma de conflicto", así como algunos de los problemas que, relacionados con ésta, son temas sobre los que, por lo general, descansan los ius internacional privatistas.*

Otra de mis pretensiones es llamar la atención a los teóricos del derecho que poco se han preocupado por este tema, dejando a los juristas que están más preocupados por el apartado dogmático del derecho que el teórico. Pienso que en el siglo XXI la teoría del derecho se presenta más evolucionada y diferente a la del siglo XX, sobre la cual se inspiran las explicaciones de la norma de conflicto que hoy conocemos. Basta pensar en las nuevas ideas sobre el lenguaje, la argumentación, la interpretación, la crítica al positivismo y mero formalismo para darnos cuenta que algo falta en la explicación de la norma conflictual.

Aunque me interesa llamar la atención a los teóricos, también estoy interesado en que mis alumnos comprendan desde el plano teórico lo que es una norma de conflicto y sus problemas.

2. Enunciados prescriptivos en la norma de conflicto

Daré por hecho conocido lo que es un enunciado prescriptivo y comenzaré la explicación presentando un primer ejemplo, a manera de metáfora,³ que me permita diferenciar dos tipos de textos, que suelen ser denominados como *enunciados sustantivos con respuesta directa y sustantivos con respuesta indirecta.*⁴

2 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, vol. 1, Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1992, p. 152.

3 Reconozco los problemas que implica el recurso a la metáfora, sobre todo en la explicación teórica. No tanto por la metáfora en sí, sino por la forma en que las construcciones argumentativas pretenden pasar al derecho.

4 Algunos juristas más teóricos, como G. H. von Wright o Gregorio Robles, aluden a proposiciones lingüísticas que se orientan o regulan la acción humana en forma directa o indirecta. Gregorio Robles, *El derecho como texto*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 31 y ss.

Primer ejemplo. Se trata de una pareja (padre y madre) que conviven con su único hijo. La suerte ha favorecido al padre obteniendo un premio consistente en dos pasajes y pago de viaje con todo incluido a Europa. Pero la condición es que sólo pueden emplear su premio durante el periodo de turismo bajo, esto es, el que coincide con la época escolar. Su hijo, que está en la escuela y ha tenido algunos problemas académicos, se ve impedido de acompañar a sus padres en el viaje pues, de otra forma, significaría tanto como perder su ciclo escolar. Los padres deciden aceptar el premio y resuelven el problema de su hijo dejándolo encargado en la casa de la tía, que ya ha aceptado cuidarlo.

Antes de salir de viaje, los padres hablan con el hijo y junto con los necesarios consejos le dicen lo siguiente:

hijo, durante las próximas tres semanas deberás obedecer a tu tía en todo cuanto ella te ordene.

Es obvio que, en este caso, los padres confían a ciegas que todo lo que la tía haga será favorable al menor y que lo que están diciéndole al hijo no es una mera sugerencia, sino una orden.

El niño, luego de partir sus padres y acomodarse en la nueva casa, recibe de su tía otros consejos y órdenes como los siguientes:

sobrino, en esta casa te levantarás a las 7:00 de la mañana, te ascasarás, desayunarás con nosotros la avena que te prepararé, te dormirás a las 9:00 P.M., etcétera.

Las expresiones lingüísticas del ejemplo. Hasta aquí se advierte en cada una de las expresiones lingüísticas dos tipos de enunciados prescriptivos. En el primero, la orden de los padres al hijo, que identificaré como enunciado N_1 , prescribiéndole que debe obedecer en todo cuanto su tía le ordene. En esta instrucción no se explicita cuál es exacta o específicamente la acción que el niño tiene que hacer (sólo alude a cualquier conducta que la tía especifique). Aunque se refiere a lo que el hijo (H) tiene que obedecer, no se individualiza una acción detallada, sino todo tipo de conductas, sin especificarlas.

Por otro lado, en el caso de la orden u órdenes de la tía, que identificaré como N_2 , el enunciado ya especifica qué es lo que el menor debe hacer (levantarse a una hora específica, comer un alimento especial, etc.). En este enunciado ya no se alude a una conducta general (que obedezca a la tía), sino que la acción ya está individualizada. Incluso, la expresión lingüística podría referirse a sanciones (“si no te levantas a la hora ordenada, no tendrás derecho de ir a jugar al parque”; “si no te comes los alimentos que te proporcione, te quedarás sin comer”).

El niño debe cumplir con lo que se le ordena (o prohíbe) acorde a los enunciados prescritos N_1 y N_2 .

Se trata de dos enunciados que se diferencian por el tipo o contenido de la acción o conducta prescrita. En N_1 la acción sustantiva no es detallista (de hecho no se indi-

vidualiza la conducta). N_1 prácticamente sólo se refiere a condiciones formales, contentándose con establecer cómo localizar N_2 a la que remite. En cambio, el texto o enunciado N_2 es más claro y específico en cuanto a la conducta, pues está mejor descrita (incluida la sanción).

N_1 es una *norma vinculatoria o instrumental*,⁵ pues la conducta individual que el niño ha de ejecutar solo puede tener expresión concreta hasta que se conozca el texto de lo que prescriba N_2 . Es vinculatoria pues no indica la conducta específica a ejecutar, sino que remite a la instrucción que se describe en otro enunciado (aunque tal vez sería mejor decir que N_1 es un enunciado que permite introducir otra disposición al sistema que rige la conducta de H). Por otro lado, N_2 es un texto que describe una acción sustantiva (quiero decir, con un contenido conductual más claro y preciso).

Ambos textos se vinculan por un eslabón o puente que se inserta en N_1 (que suele denominarse *punto de conexión*, *Anknüpfungspunkt* en la terminología alemana de Franz Kahn y Niemeyer, *connecting factor*, *criterio di collegamento*; punto de conexión, etc.)⁶ Ese punto o eslabón puede ser el lugar de celebración del acto, el lugar de pago, el lugar de ejecución del contrato, etc.), dando lugar a un encadenamiento de textos. Realmente, N_1 (el texto que alude a la acción indirecta) parece reducirse a establecer un puente con lo que se especifica en el otro texto (N_2) que aclara con un poco de mayor exactitud la conducta deseada.

Los conflictualistas (encabezados por Werner Goldsmidt) han denominado a N_1 como *norma indirecta*, mientras que a N_2 , como *norma directa*. La denominación no está en oposición a lo que G. H. von Wright habría expresado al construir una teoría de las normas. De momento me interesa destacar que con esta denominación se quiere significar que en el enunciado N_1 se establece un medio que conduce a otro enunciado que prescribe o detalla la conducta final.

En ambas N encontramos datos o elementos relacionados con la vinculación de ambos textos: en N_1 , el dato que identifica o da pauta para localizar en texto donde se encuentra descrita la conducta faltante (que está en N_2). Por su parte, N_2 , solo es comprensible tomando en cuenta a N_1 , con la que se vincula lógicamente. N_1 precede a N_2 . Entonces, la cadena de textos (que vincula ambas N) se percibe con mayor claridad.

Si alguien está interesado en saber si H debe comer avena, debe conocer la instrucción prevista en el texto N_2 , lo mismo tendrá que hacer para conocer la sanción por incumplir con lo que N_2 ordena, pues del simple conocimiento de N_1 no se obtendrá la información suficiente. A la vez, para saber si N_2 se vincula con la que le da vida (mejor dicho, la torna válida y aplicable), deberá recurrirse a N_1 . Si no es posible justificar que la validez de N_2 deriva de N_1 , su reconocimiento será rechazado.

⁵ Así la denomina Edoardo Vitta, "La regla de conflicto", en *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, núm. 15, México, 1972.

⁶ Esta idea sobre el punto de conexión deriva de explicaciones que siguieron después de que Federico de Savigny aludió al factor "sede o asiento de la relación".

El modelo de la expresión lingüística. De todo lo anterior tenemos que para el hijo (H) el contenido de N_2 deriva de N_1 . Lo que gráficamente se puede representar en el siguiente modelo:



De donde \rightarrow significa “conduce a”. Del modelo anterior debe entenderse que el texto de N_1 establece que se cumpla con todo lo que prescriba el texto N_2 (el texto incorporado al sistema normativo que rige a H).⁷

3. Algunas precisiones

Antes de continuar, hago una pausa para hacer algunas precisiones.

El texto contenido en N_1 es el que suele ser denominado como norma de conflicto. Un problema consiste en saber si realmente es una norma.

¿Se trata de una norma? Al amparo de las teorías imperativistas, especialmente la teoría kelseniana, el texto N_1 no es una norma. No lo es pues no se advierten en el mismo los datos que encuadran en la estructura. Si A es, debe ser B. No hay que olvidar que B, en esta teoría, responde a la idea de sanción (si A priva de la vida a otro, A debe ser enviado a la horca). En todo caso, para la teoría kelseniana, el texto de N_1 sólo podría ser un fragmento del texto de una norma. El hecho de que al niño se le ordene obedecer a la tía, en este sentido, no es una norma.

Por otro lado, algunas teorías de mayor actualidad sostendrían que sí se trata de una norma. Kelsen sólo contempló un tipo de normas. De hecho, en el modelo normativo de Kelsen solo parece importar la norma penal. No obstante, en la tipología de las normas se toman en cuenta otras. En estas últimas, cabe tomar en cuenta a las normas de reconocimiento (reglas en la terminología de Hart). Una regla de este tipo permite reconocer a otras normas como parte o propias del estatuto que rige a una persona (si se me permite recurrir a esta nomenclatura medieval) o como formando parte de un sistema jurídico (en la terminología hartiana). En este sentido, el texto que indica que X debe obedecer en todo cuanto su tía le ordene, es una norma.

Pese a lo dicho, no hay que perder de vista, como lo afirma Gregorio Robles, que una norma jurídica nunca se presenta aislada, sino formando parte de amplios entramados de proposiciones lingüísticas similares, que a su vez son el resultado de la reconstrucción hermenéutica del “texto bruto” del ordenamiento.⁸

Por lo general, en los textos legislados, las N_1 (en los términos del ejemplo) se conforman en términos un tanto semejantes a las normas hartianas (unas que reconocen a otras como parte del sistema): aluden a un supuesto o hipótesis e indican una ruta (punto

⁷ Podría discutirse si es una derivación vertical u horizontal, punto al que por ahora no me referiré.

⁸ Gregorio Robles, *El derecho como texto*, Civitas, Madrid, 1998, p. 89.

de conexión) que lleva al interesado a localizar el enunciado (N_2) que describe la conducta sustantiva.⁹ Aunque esta vinculación no es meramente formal, pues como más adelante lo explicaré, cabe considerar su validez material. Hay, además, algunos casos en los que el texto de N_1 suele agregar algunos elementos sustantivos (que como modalidades deónticas pueden permitir, obligar o prohibir una cierta conducta), que en el ejemplo con el que inicie este ensayo no cito.

¿Es una norma conflictual? En cuanto al enunciado *norma de conflicto*, el cuestionamiento sería si el texto N_1 responde al significado de *conflicto* (problemas, atolladero, pugna, contienda, disputa, colisión, discrepancia, etc.) no se corresponde con lo que los juristas especifican como norma de conflicto. Por un lado, lo que se llama norma de conflictual se corresponde con el texto N_1 . En sí mismo N_1 no contiene contradicción o conflicto alguno. ¿En qué parte de la orden de los padres al hijo aparece algún elemento de conflicto? En ninguno.

Por otro lado, es difícil o imposible afirmar que tratándose de dos textos, como los del ejemplo, exista conflicto. Nótese que ahora no sólo implica a N_1 , sino también a N_2 . La contrariedad, si es que así queremos llamarle, podría estar en el sujeto que se cuestiona si ha de recurrirse a N_2 , o que advierta una diferencia entre algunos textos que suelen acogerse por los padres y los que la tía acoge. Pero nótese que ahora no se está tomando en cuenta el enunciado dictado por los padres (“hijo cumple con lo que tu tía te ordene”) sino a otros enunciados que acogen los padres. En este otro sentido, si es que existe conflicto, no lo será por la llamada norma de conflicto, sino que lo será por otras disposiciones, esto es, otros textos.

La N_2 (la que dice u ordena la tía) no es una norma de conflicto. Tal y como el texto lingüístico se presenta, sólo alude a la conducta concreta que el niño ha de realizar. Ésta no es una norma de conflicto; tampoco está en conflicto con N_1 . Incluso, ni siquiera los teóricos la llamaron norma de conflicto.

En lo que todos están de acuerdo es en que la norma de conflicto (aunque estén en desacuerdo con la denominación) se corresponde con la N_1 del ejemplo.

La tradición (la expresión estipulativa) o uso lingüístico ha llevado a la mayoría de los juristas a denominar como *normas conflictuales* (con este enunciado) a textos que remiten a los contenidos prescritos en otros textos, normalmente de otro ordenamiento jurídico. Si, como vemos, se trata de normas que remiten a otros textos o incorporan al sistema otros textos, ello no implica ni supone el significado conflicto tal y como se le asigna en el lenguaje popular o no jurídico. El enunciado “conflicto” me parece equívoco, sobre todo por la gran fuerza significativa del lenguaje popular, ya que, por lo general, induce a confusiones a los estudiantes y juristas. Para los ius internacional privatistas este enunciado tiene un significado estipulativo, propio de su metalenguaje, que no se corresponde con disputa, contienda o conflicto. Tiene un origen histórico que no es objeto de atención de este ensayo.

⁹ La N_2 puede permitir, obligar o prohibir una específica conducta o acción.

Por ahora aceptaré la denominación “norma de conflicto” por la fuerza del uso y la tradición, aunque seguramente cabría la posibilidad de recurrir a otra que, además, de estipulativa, pudiera más ligada con su significado.

4. La pertenencia del enunciado a un ordenamiento jurídico

De lo expuesto hasta aquí se comprende meridianamente lo que los juristas quieren significar con una norma con respuesta sustantiva indirecta y una con respuesta sustantiva directa (normas de acción indirecta y directa). Se comprende, a la vez, el mecanismo de reconocimiento que vincula a esta última con la primera (al menos, así lo creo).

Enseguida inicio la parte central de este ensayo. Comenzaré replanteando el ejemplo y atenderé primordialmente al texto que ha sido llamado norma indirecta o norma de conflicto, que seguiré identificando como N_1 , salvo que haga alguna aclaración.

Replanteamiento del ejemplo. Replantaré el ejemplo inicial dejando intacto el concepto ganado acerca de las llamadas normas directas e indirectas, y aunque se pueden hacer varios replanteos del ejemplo, solo haré dos. Con lo anterior me encamino a colocar cada enunciado jurídico en ordenamientos diferentes, llamando la atención a la vinculación entre ambos.

Supongamos que el niño se ha quedado encargado con su hermano mayor que lo cuidará. En este caso, el ordenamiento jurídico tanto del menor como del hermano normalmente será el mismo. Al menos, ambos hermanos están sujetos a las decisiones de sus padres, por lo que la N_1 y la N_2 (que será la del hermano mayor) derivan de una N superior que les es común. En este caso, presumimos que ambos enunciados pertenecen a un mismo sistema jurídico.

El segundo replanteamiento se reorienta a reubicar cada enunciado en sistemas jurídicos diferentes, esto es, que cada N pertenece a un ordenamiento¹⁰ diferente. Supongamos que el mismo niño ha sido enviado a una escuela. No hay que perder de vista que el niño en su casa está acostumbrado a un ambiente y sigue las reglas y disposiciones que le imponen sus padres. En cambio, en la escuela el ambiente es diferente. En ésta, las disposiciones y reglas de conducta son un tanto diferentes. Mientras en su casa prevalecen las reglas de conducta que se fundan en las de los padres, en la escuela parten de las que dictan los profesores. Se trata de lo que solemos identificar como ordenamientos jurídicos propios o autónomos, en los que encajaré cada N . A partir de aquí, pretendo reorientar mi discurso a la idea de que cada N pertenece a un ordenamiento jurídico diferente.¹¹

Cuando el niño llega a la escuela lleva consigo ciertas pautas de comportamiento (vamos, una manera de ser o comportarse, que en la terminología de los estatutarios

¹⁰ A pesar de la diferencia estoy utilizando ordenamiento y sistema como si fuesen sinónimos.

¹¹ No dispongo del espacio ni tampoco es el momento, por lo que daré como un hecho conocido lo que es un ordenamiento jurídico. En el caso de la escuela y la casa de los padres el ordenamiento podrá ser el mismo, siempre y cuando escuela y casa estén en un mismo país, lo que no sería siempre así, cuando cada una se ubica en un estado diferente. La noción de sistema jurídico también lo presupondré.

medievales se llamaría estatuto personal del niño) que no necesariamente son similares a las que prescribe la normatividad escolar. Es posible que mientras el niño, en su casa, no salude con comedimiento a sus semejantes, en la escuela esté obligado a hacerlo; que se sienta de una forma en su casa y de otra en la escuela; que cuida las paredes de su casa de una forma y de otra las de su escuela, que en cada lugar viste diferente, peina diferente, juega diferente, etc. Podemos presuponer que cada comportamiento se adecua a las disposiciones de uno u otro ordenamiento.

Debo destacar que en la escuela la disciplina (las reglas y principios) la imponen los de la escuela (los profesores), no los padres. La escuela tiene sus propias disposiciones sustantivas que prescriben el comportamiento de los niños que a ella asisten. Luego, en la escuela los profesores aplicarán sus disposiciones sin considerar, en principio, ni tomar en cuenta la normatividad que priva en la casa del niño. Esto se entiende, pues se trata de dos “ordenamientos” diferentes. No obstante, en la misma escuela se suelen establecer algunos textos o normas indirectas (N_1) que permiten reconocer y aplicar las reglas de conducta que el niño realiza fuera de la escuela. Esto es, textos que permiten vincular a las autoridades escolares con las reglas o textos que surgen de la casa del menor, de la iglesia a que pertenece, de su grupo étnico, etcétera.

Reitero, en el ordenamiento jurídico escolar no sólo se prescriben normas sustantivas (esto es, con respuesta directa), sino también normas de reconocimiento o instrumentales con respuestas indirectas. Al menos, es altamente probable que en las prácticas escolares encontremos algunas N_1 como las que he explicado.

A diferencia del primer ejemplo con el que inicié (los padres dejan encargado al niño con la tía), con el segundo quiero enfatizar en que el aplicador y creador de cada orden normativo (los emisores de cada norma) son diferentes (por lo pronto quiero suponer que no derivan de una misma constitución). De igual forma, de aquí en adelante el centro de mi atención va a guiarse en torno al ámbito escolar (sus reglas, sus profesores). Mi atención estará enfocada a las N_1 del sistema escolar. Aunque en el ordenamiento a que pertenece N_1 hay normas que regulan conductas directas, a las que atenderé será a las que regulan las conductas indirectas o normas conflictuales. Antes de continuar, nótese que en este ejemplo la N_1 es expedida por las autoridades escolares, no por los padres, como en el ejemplo con el que inicié.

Las normas conflictuales del sistema escolar. Vamos a suponer que el niño está tomando alguna medicina que el médico le ha prescrito. Sus padres, que se han acercado con el profesor, le dicen

esta medicina la debe tomar el niño a las 10:30 de la mañana, por favor, que se la tome.

Se trata de un texto sustantivo diferente a los que normalmente pudiera expedir la escuela (proviene de los padres). Para su autor el texto dice que el niño debe tomar su medicina.

Aunque ninguna norma sustantiva escolar prescribe que los niños deben tomar medicinas, su norma indirecta o de conflicto N_1 les diría:

en los casos en que un niño, por prescripción médica, deba ingerir alguna medicina (en el horario escolar), el profesor auxiliará al cumplimiento de esta obligación.

Hasta aquí, se advierten dos N . Por un lado, el texto de N_1 escolar que prescribe “en los casos en que un médico ordene que un niño tome una medicina, el profesor acatará lo que indique, por lo que estará obligado a auxiliar en el suministro de la medicina”. Por otro lado, el texto de N_2 (el de los padres que adoptan la del médico) que diría: “el niño debe tomar la medicina X a las 10:30 de la mañana”. En este caso, para el ordenamiento escolar la N_1 es una norma indirecta (que prescribe una acción indirecta), mientras que N_2 , una regulación directa. Recordemos: N_1 precede a N_2 (la indirecta precede a la directa).

El profesor de la escuela acatando la N_1 de su ordenamiento escolar tomará en cuenta la N_2 (que no fue expedida por su escuela). Dará cumplimiento a N_2 porque el texto lingüístico de su N_1 lo vincula con el texto establecido en N_2 ; esto es, la conducta que el profesor realizará se vincula con lo que piden los padres del menor (auxiliar a que el niño tome sus medicinas).

Como se advierte, el ordenamiento que regula a los operadores de N_1 se ve enlazado con N_2 , que pertenece a un ordenamiento expedido por operadores jurídicos diversos a los de N_1 . En estos casos, los ius internacional privatistas suelen referirse a una *coordinación y armonización* de sistemas, queriendo con esto llamar la atención a ciertas políticas de quienes conducen cada ordenamiento para que mediante las normas de conflicto se engargen a los contenidos prescritos en el texto de otro ordenamiento.

El ordenamiento jurídico de cada N. Aunque voy caminando a grandes pasos, ya se percibe que la N_1 del ejemplo pertenece o forma parte de un conjunto normativo diverso al del otro conjunto normativo a que pertenece N_2 . Ahora llamaré OJ al ordenamiento jurídico a que pertenece cada N . Así, tendremos un OJ- N_1 y un OJ- N_2 , donde el primero es el ordenamiento jurídico escolar al que pertenece la norma conflictual, mientras que el segundo se refiere al ordenamiento jurídico de los padres en que se localiza la disposición sustantiva del ejemplo.

Quiero reiterar algo que parecía implícito. El texto de N_1 pertenece al ordenamiento OJ- N_1 , pero los textos que componen a OJ- N_1 no sólo son N_1 (no sólo son normas de conflicto), sino que también se incluyen otro tipo de textos. Esto es, además de las normas de conflicto, también se incluyen las de acción directa.

Un ejemplo extraído de textos dogmáticos. El esquema a que me he venido refiriendo también se advierte en los ordenamientos de cada país, como puede verse en el siguiente ejemplo. El Código civil federal mexicano prescribe (art. 13, fracc. II) que la capacidad de las personas físicas “se rige por el derecho del lugar de su domicilio”. En esta dispo-

sición del ordenamiento jurídico mexicano (OJ-N₁) se prescribe que la capacidad de una persona física se regula conforme a las que indique el texto establecido en el ordenamiento jurídico donde se encuentra el domicilio de la persona cuya capacidad está a discusión (OJ-N₂).

En el caso de una persona domiciliada en Londres pero que se enfrenta a un proceso judicial en México, en el que se cuestiona su capacidad de ejercicio, el juez mexicano para determinar si esa persona posee o no capacidad, deberá consultar el texto correspondiente al ordenamiento jurídico inglés, que es el que indica los casos en que se posee o no esa capacidad.

Nótese que la norma de conflicto (N₁)¹² establece un reconocimiento de lo que se indique en OJ-N₂. El vínculo que N₁ tiende hacia OJ-N₂, no es hacia alguna norma en especial, sino al ordenamiento donde está el domicilio, que puede ser un ordenamiento extranjero y, de este ordenamiento, aquel o aquellos apartados que regulan el supuesto descrito en N₁. Esto es, el vínculo se traza entre N₁ y OJ-N₂. Lo que el operador jurídico deberá hacer, es localizar en OJ-N₂ el texto que indique cómo se regula la capacidad.

Entender que la vinculación se hace con OJ-N₂ y no con una simple N₂ se entenderá para varias cuestiones, como en el caso de atribución de significados o cuando funcionan produciendo un reenvío.

5. Significados y calificaciones

Si la N₁ ya ha prescrito que un supuesto o hipótesis sea regulado conforme a OJ-N₂, ¿cuáles serán los criterios de interpretación y calificación a seguir?, ¿los de OJ-N₁ o los de OJ-N₂?

Dicho de otra forma, si el supuesto a que alude N₁ es el que han de ser regulado en los términos que se prescribe en OJ-N₂, ¿cuáles serán los criterios a seguir para interpretar y calificar?

Presuponemos que el operador jurídico debe interpretar los textos de su N₁, así como los textos que se encuentran en OJ-N₂. Normalmente el supuesto o hipótesis se encuentra en N₁, mientras que la información de cómo ha de ser regulado esa hipótesis se localiza en OJ-N₂. De esta forma, la cuestión que se presenta se refiere a si los criterios para interpretar y calificar serán los seguidos en OJ-N₁, o en OJ-N₂.

Si la norma de reconocimiento se encuentra en OJ-N₁, entonces la respuesta debe buscarse en OJ-N₁, pues la interpretación y la calificación podrán o no ampliarse a partir de lo que OJ-N₁ prescriba. Ampliaré un poco esta explicación.

La posibilidad de acudir a los criterios o argumentos de OJ-N₂ dependerá de lo que OJ-N₁ prescriba, pues sólo éste es el que admite o no los criterios a incorporar. Además, porque mediante la interpretación y la calificación ya no sólo se implica a un ordena-

12 "Son normas, en sentido amplísimo, todos aquellos enunciados legislativos —y son muchísimos— que no son mandatos ni autorizaciones. A modo de ejemplo se pueden mencionar los siguiente [...] Los enunciados que reenvían a otros enunciados ("Las relaciones patrimoniales entre cónyuges se regulan por la que fuera ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio". Riccardo Guastini, *Distinguiendo, estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999, pp. 98 y 99.

miento, sino que estos criterios ya son parte de lo que conforme al sistema a que pertenece OJ-N₁. Estos criterios no se refieren exclusivamente a los textos legislados, fríos y secos, sino a los textos que surgen en la integración o armonía del sistema. La hermenéutica juega un papel de gran importancia.

Interpretación. Como los operadores jurídicos OJ-N₁ y OJ-N₂ no son iguales, ni piensan o razonan igual, cabe la posibilidad de que cada una de las personas que se relaciona con uno u otro ordenamiento jurídico interprete de forma diferente los signos lingüísticos de que se componen sus textos. Por ejemplo, para los padres del niño un cuaderno sería un conjunto de hojas de papel en blanco que están unidos por una grapa o por goma. En cambio, para los profesores de la escuela, el cuaderno no sólo sería eso, sino también aquellos pliegos de papel unidos por argollas (una carpeta de argollas). Si los profesores que razonan conforme a OJ-N₁ le prohibieron al niño “desgajar (quitarle hojas) al cuaderno” la interpretación de la expresión *cuaderno* sería diferente a la que tendrían los padres, para quienes cabría la posibilidad de que de la carpeta de argollas se pudieran desgajar algunas hojas, posibilidad que no podría haber en los profesores. Como en OJ-N₁ y OJ-N₂ se alude a cuaderno, el problema consistiría en saber ¿conforme a cuál OJ se asignará significado al enunciado cuaderno?

Para OJ-N₁ el enunciado cuaderno (Cu) equivale a o, p, q y r. En cambio, para OJ-N₂ z equivale a o, p, q, r, s, t, u y v. Esto es,

En OJ-N₁ Cu = o + p + q + r = o[^]p[^]q[^]r

En OJ-N₂ Cu = o + p + q + r + s + t + u = o[^]p[^]q[^]r[^]s[^]t[^]u

El problema, como dije, consiste en resolver conforme a los criterios de cuál OJ se ha de interpretar. En la experiencia jurisprudencial habida se ha recurrido a las reglas de interpretación que emplean los operadores de OJ-N₁ o de OJ-N₂. A pesar de lo anterior, es necesario precisar que OJ-N₁ es el que debe elegir las reglas o criterios de interpretación. Si elige el de su sistema los conflictualistas suelen denominarle a esta elección “interpretación *lex fori*” (algo así como yo soy el que aplico, yo soy el que interpreto acorde a mis criterios). Si elige a OJ-N₂, le denominan “interpretación *lex causa*”.

Calificación. Al lado de la *interpretación* también surgen dudas con motivo de la *calificación* (generalmente, la calificación del supuesto fáctico). Estamos ahora frente a un problema aparentemente diferente al de la simple interpretación de las expresiones lingüísticas, pues corresponde a los encuadramientos de los elementos fácticos en las categorías o supuestos normativos enunciados en los textos de uno u otro ordenamiento jurídico. ¿Conforme a los criterios de cuál ordenamiento se ha de hacer el encuadramiento?

Recordaré la cuestión: suponemos que N₁ ha designado a OJ-N₂ como el ordenamiento que contiene el texto que determina la suerte del supuesto o hipótesis, ahora se trata de saber si el supuesto fáctico a regular se ha de calificar conforme a los criterios seguidos en OJ-N₁ o en OJ-N₂.

Pondré un ejemplo de calificación o encuadramiento. Para los padres (OJ-N₂) los tomates rojos (jitomates en varios lugares de México) (To) son legumbres (l), mientras que para los profesores (OJ-N₁) son frutas (f). Si los profesores le ordenan al niño que guarde los tomates rojos en el refrigerador en el recipiente que les corresponde, el niño los guardará en el cajón de las frutas (que es como sus profesores califican a los tomates) o en el de las legumbres (que es como sus padres califican a esos tomates rojos). ¿Serán frutas o legumbres? Esto es, para cada OJ el enunciado *tomate* encuadra en expresiones lingüísticas diferentes.

Para OJ-N₁ To = f

Para OJ-N₂ To = l

En este caso, la variable fáctica To (a que aluden OJ-N₁ y OJ-N₂) encuadra (se tipifica) en l o f. Para cada OJ es diferente el encuadramiento de To.¹³ Lo anterior se presenta porque el enunciado lingüístico *tomate* encuadra en una significación o en otra.

La calificación de un supuesto fáctico no es universal (no es igual para los operadores de OJ-N₁ y OJ-N₂), tampoco es intrínseca (su significado no es propio del elemento lexical). Como está relacionada con un grupo o auditorio particular, supone que existen valores, costumbres que son (más o menos) similares.¹⁴ El problema es ¿conforme a los criterios de cuál OJ se califica?

La respuesta es que OJ-N₁ es quien debe decidir, pues en éste se encuentra la norma de reconocimiento. Puede establecer que la calificación se haga conforme a sus criterios o que se sigan los criterios empleados en OJ-N₂.

6. La precisión del texto vinculado

Tenemos hasta ahora clarificados dos tipos de textos: el de N₁ y el o los que se encuentran en OJ-N₂. Llamaré al primero texto vinculante y al segundo texto vinculado. Empleo estas denominaciones para destacar que el texto de N₁ es el encargado de “jalar” para sí o “lanzar el anzuelo”, y permitir atraer otro texto. Como texto líder, es el texto vinculante. Al otro texto lo llamé vinculado, pues su vinculación dependerá de que exista uno vinculante que lo atraiga.

13 En esta labor de encuadramiento no sólo están interesados los teóricos del derecho, pues la calificación se nutre en multitud de sentidos semánticos en la sociología o la antropología, dando lugar a la semiótica jurídica.

Una conducta o supuesto fáctico califica o subsume dentro de una denominación legal, cuando su interpretación encaja o encuadra en la hipótesis o descripción normativa. Calificar es subsumir el supuesto de hecho en el supuesto o descriptor acogido por una norma. Esta subsunción le compete al operador jurídico de OJ-N₁.

Con la calificación de un supuesto fáctico (*quaestio facti*) entendemos el papel o sentido que una conducta o quehacer significa jurídicamente (*quaestio iuris*). El sentido de ese quehacer sólo puede entenderse dentro de una cultura jurídica específica (en la vida de los padres o de los profesores). Es el dato de la vida real al que ha de dársele sentido, se le denomina de una manera y encuadra en un específico concepto o descriptor normativo.

14 Los valores éticos, religiosos, de justicia o belleza suelen importar en cada operador para indicar si un dato fáctico encuadra en un descriptor específico. De aquí que (de hecho) las calificaciones suelen depender del lugar y tiempo en que se hacen, así como de la persona que la hace. Luego, la subsunción de un supuesto fáctico en un supuesto normativo (un descriptor legal) suele requerir que se tomen en cuenta esos elementos culturales y valorativos de la comunidad.

Al continuar con el examen de las N_1 escolares, se advierte, en primer lugar, que el operador de N_1 deberá acatar lo que se prescriba en $OJ-N_2$. Recuérdese lo que arriba dejé asentado: una norma de conflicto no remite a otra norma, sino al ordenamiento en el que se encuentra esta otra, dentro del cual debe localizarse lo que establece el texto específico que se vincula con el supuesto o hipótesis establecido en la N_1 . Tal y cual presenté los ejemplos escolares, surgen algunas dudas semánticas y de completitud. Esto es, si los profesores sujetos a N_1 han de vincularse con lo que prescriba $OJ-N_2$ ¿qué tipo de enunciados de $OJ-N_2$ cabe reconocer?, ¿cuáles textos de $OJ-N_2$ quedan vinculados a N_1 ?, ¿todos?, ¿será posible que N_1 vincule todo lo que prescriba $OJ-N_2$? Se trata de saber qué cosas o textos de $OJ-N_2$ pueden tomarse en cuenta, esto es, necesitamos precisar la extensión del texto que ha de vincularse con N_1 . En este caso se plantean dos problemas: uno cualitativo y otro cuantitativo.

El primero, se refiere al mérito del texto a vincular, el segundo, a su extensión. Abriré enseguida un apartado para cada uno.

7. Revisión del mérito del texto a vincular

Por medio de la N_1 escolar de nuestro ejemplo se vincula el contenido del texto jurídico de otro ordenamiento ($OJ-N_2$). Esto significa que la vinculación de $OJ-N_2$ vale en cualquiera de sus modalidades deónticas. De ahí que el profesor tenga que cumplir con lo que prescribe una disposición “ajena” al ambiente escolar en todo aquello que $OJ-N_2$ permita, prohíba u obligue.

Una cuestión relacionada con la precisión del texto que ha de vincularse consiste — y aquí vuelvo a insistir— en saber si mediante N_1 se vincula a su ordenamiento cualquier prescripción o contenido de $OJ-N_2$.

La respuesta no es sencilla pues implica varios cuestionamientos a los que haré referencia enseguida.

¿Salto al vacío o vinculación selectiva? Siguiendo con la explicación de una N_1 tradicional algunos ius internacional privatistas la han descrito gráficamente como una norma de acción indirecta cuya función es localizar en otro ordenamiento el texto que contiene la acción directa propia para el supuesto normativo, esto es, la que prescribe la modalidad deóntica de la conducta. Mediante esta conexión parece que (se piensa que) se vincula a N_1 fríamente lo que se prescribe en otro ordenamiento. Tal y como la N_1 se presenta, la vinculación se percibe a primera vista como una actividad mecánica y matemática.

El problema para el operador de N_1 es resolver si realmente esta vinculación¹⁵ con N_2 (luego de haber sido localizada en $OJ-N_2$) se produce automáticamente, lo que podría dar lugar a un resultado material imprevisible.

¹⁵ Para los teóricos del DIPr hay varias teorías que tratan de explicar cómo es que un texto de otro ordenamiento es tomado por uno de ellos. Algunos aceptan la teoría de la incorporación, otros sostienen que el texto extranjero solo se transforma, etc. Hay varias versiones de cada explicación. Utilizo incorporación en este ensayo en su aspecto formal. No explico las teorías citadas porque me escaparía del objetivo que procuro.

En EUA durante el siglo XX, en el movimiento que varios juristas denominaron *Revolución conflictual*, se cuestionó, especialmente por sus jueces, la vinculación mecánica, que gráficamente Leo Raape llegó a describir como un *salto al vacío*.¹⁶

Si para que el niño ingiera la medicina que fuera del orden jurídico escolar le prescribieron tiene que distraer al profesor por varias horas de su clase, eso cuestiona a los operadores de N_1 si el profesor tendrá alguna posibilidad de revisar el mérito y posibilidad de cumplimiento de N_2 (el niño debe tomar su medicina) y, si es así, de incumplir la disposición prescrita esta N_2 (la regla sustantiva).

Si el profesor, siguiendo una interpretación mecánica, quiere que su conducta se ajuste a su N_1 escolar deberá acatar lo que prescriba N_2 , pues de lo contrario su conducta será reprobada. ¿Esto es conveniente?, fue el cuestionamiento de la teoría de la Revolución conflictual. Sobre el particular cabe referirse a dos respuestas: la mecánica o tradicional y la dinámica o flexible.

La significación que produce la redacción de un texto de una norma de conflicto tradicional nos lo presenta con las siguientes características:

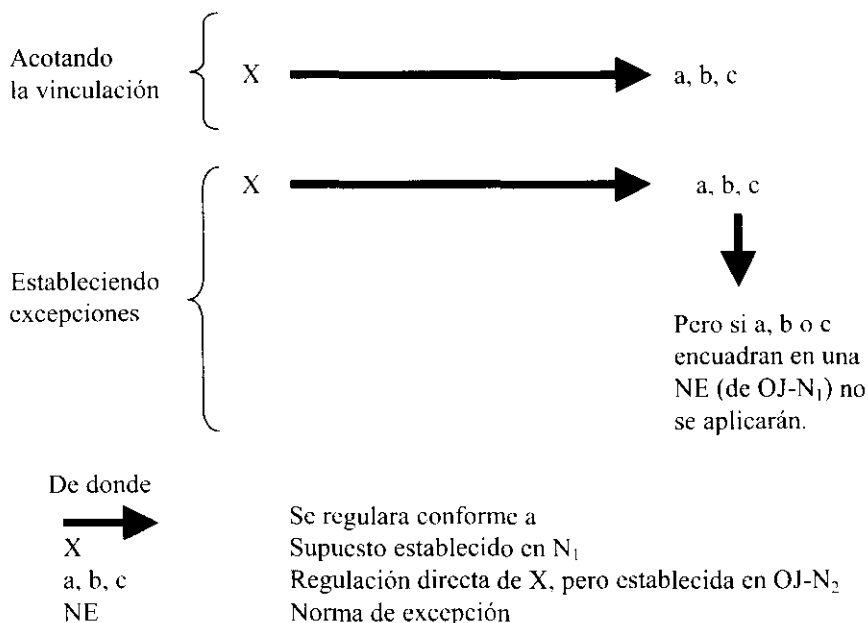
- a) El legislador de N_1 , esto es, el que la prescribe, sólo se ha conformado con establecer una mera formalidad, pues sólo se contenta con vincular el supuesto descrito en N_1 con cualquier texto que se establezca en OJ- N_2 , en especial, su N_2 que ha sido localizada.
- b) Desde esta respectiva, la vinculación es meramente formal, pues al legislador de N_1 no parece importarle el contenido de lo que N_2 pueda indicar. De aquí que una norma de conflicto como ésta (una tradicional) sea descrita como un *salto al vacío*.

Para evitar ese salto al vacío, tan brutal y a ciegas, el legislador de N_1 suele establecer algunos elementos que permitan filtrar el contenido establecido en N_2 . Lo puede hacer a) acotando el texto con el que ha de vincularse, o b) estableciendo excepciones a lo que presenta el texto vinculado.

Mientras en el primer caso se delimita el supuesto con el que N_1 se ha de vincular, en el segundo caso, a pesar de haberse prescrito el vínculo con lo establecido en OJ- N_2 , ahora el mismo legislador de N_1 establece un freno, una excepción. Dicho de otra manera, mientras en el primer caso el legislador de N_1 precisa o define el texto de OJ- N_2 con el que se vincula (por lo que aquí no es necesario establecer excepciones), en el segundo, establece excepciones a lo que ya había indicado, esto es, con lo que ya había vinculado el supuesto o hipótesis establecido en N_1 .

Desde una perspectiva sintáctica la vinculación de textos se puede representar de la siguiente forma:

¹⁶ Cavers, en EUA, sostuvo que para la determinación del derecho aplicable en lugar de utilizar un mecanismo ciego y desprovisto de valores materiales los jueces deberían examinar el contenido de los textos sustantivos potencialmente aplicables. No se trata sólo de elegir un ordenamiento sistema jurídico, sino de decidir una controversia. Friedrich K. Juenger, "Nociones fundamentales sobre conflicto de leyes", *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, Vol. 1, (comp. Martha Morineau y Sergio López), UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999, p. 363.



Precisión del supuesto en la norma de conflicto. Desarrollando un poco más la fórmula arriba anotada, en especial la que delimita el supuesto normativo, tenemos que en N₁ el legislador puede estrechar o ser más preciso con lo que ha de vincularse.

Puede, por ejemplo, delimitar el supuesto fáctico-normativo, referirse a sólo algunas modalidades deónticas, orientar su disposición a solo aquello que pudiera ser más favorable a un justiciable o a sólo aquello que sea compatible con lo que OJ-N₁ prescribe.

En estas hipótesis no se establece una excepción a lo que indique o prescriba el texto de OJ-N₂, sino que el supuesto se delimita desde N₁. Sólo éste indica lo que de OJ-N₂ ha de vincularse, qué datos del texto de OJ-N₂ han de admitirse.

Por ejemplo, la norma de conflicto prescribe que los alimentos se regulan en los términos prescritos en OJ-N₂, pero que por alimentos ha de entenderse a, b, c y d, sin que en estos se comprenda e, f, g, ni h. En este ejemplo, la norma de conflicto solo admite la vinculación del supuesto normativo *alimentos* a lo que se prescriba en OJ-N₂, pero describe con alguna exactitud qué es lo que de OJ-N₂ se vincula con N₁.

La norma de excepción. En la segunda fórmula sintáctica tenemos la posibilidad de que el profesor incumpla lícitamente con lo que prescribe OJ-N₂ depende de que en el sistema escolar (OJ-N₁) se admita la posibilidad de que mediante una revisión al merito del texto de OJ-N₂ se pueda incumplir lo que este prescribe, esto es, que exista una norma de excepción (NE) en OJ-N₁.

Basta pensar en el largo tiempo que el profesor pudiera tomar para que el niño tome sus medicinas que lo pudiera alejar del cumplimiento de su cometido principal: estar con

los demás niños e instruirlos. Si el proceso para administrar una medicina tarda tanto, ¿no sería más conveniente que el niño estuviera atendido en un hospital o por una enfermera?

Aunque en la fórmula anterior ya expuse la estructura sintáctica de una hipótesis como ésta, en este ejemplo la estructura de la NE escolar podría decir:

si el cumplimiento de OJ-N₂ lleva al profesor a distraerlo de su ocupación principal, entonces lo establecido en OJ-N₂ no será cumplido.

En otro ejemplo (extremado) podríamos suponer que OJ-N₂ prescribiera que

la medicina que el niño ingiera debe ser compartida con sus compañeros de clase.

En este ejemplo la estructura sintáctica de NE escolar prescribiría:

si OJ-N₂ prescribe alguna conducta cuya ejecución pueda perjudicar la salud de otros niños, entonces lo que se indique en OJ-N₂ no será cumplido.

En ambos ejemplos, la NE podría reformularse diciendo que

cuando en OJ-N₁ se presente una NE, entonces ~OJ-N₂,

esto es, que ~ significa que no se aplicará OJ-N₂. Y es que una ~OJ-N₂ no puede considerarse jurídicamente aplicable por los operadores de N₁ sólo porque a alguien ajeno se le ocurra o porque así lo prescriba una N₂, sino porque esa ~OJ-N₂ es o forma parte de una NE.

De lo anterior resulta que al seguir el proceso de construcción sintáctica de la norma tendríamos que la N₁ se reformularía, hasta aquí, de la siguiente manera:

N₁ \Longrightarrow N₂ salvo que una NE prescriba ~OJ-N₂.

Mediante esta estructura sintáctica se advertirá que aunque N₁ ordene la vinculación con lo que prescriba OJ-N₂, cuando se presente una proposición de rechazo como ~OJ-N₂ no será necesario acatar esa vinculación.

Me detengo un momento para llamar la atención al hecho de que en este caso se está *rechazando* la vinculación con lo que OJ-N₂ establece, que no es lo mismo que lo ocurrido en el primer caso, en que el legislador de N₁ delimita los textos a vincularse con OJ-N₂. En la NE ya se había admitido la vinculación de N₁ con OJ-N₂, mientras que en el caso en que se delimita el supuesto descrito en N₁ sólo se delimita lo que de OJ-N₂ se podía admitir, de forma que no es una excepción.

Un poco más sobre la norma de excepción. Cabe reiterar que las NE se prescriben en el sistema de OJ-N₁, no en el de OJ-N₂. Vista esta cuestión desde otro ángulo, cabe afirmar que el texto que inicialmente se había dicho se vincularía con N₁, debe ser interpretado en coherencia con todo el sistema jurídico a que N₁ pertenece. Esto es, si N₁ es el que llama o atrae a OJ-N₂, sólo OJ-N₁ es el que puede establecer la norma de excepción (NE). Dicho de otro modo: para que lo establecido en OJ-N₂ sea admitido en OJ-N₁, tendrá que ser compatible con los principios fundamentales que sustentan a este último.

En el mundo jurídico las posibilidades de no acatar lo prescrito por OJ-N₂ se amplían, lo que se explica, pues se impone la coherencia del ordenamiento jurídico al que pertenece N₁. Aun cuando N₁ no estableciera literal o textualmente una NE, cabría la posibilidad de que alguna norma constitucional (o de mayor jerarquía que N₁, como las leyes escolares) impidiera cumplir con lo prescrito por OJ-N₂. Si, por ejemplo, los padres del menor ordenasen que el niño debe lanzarse por la ventana, es obvio que esta posibilidad no se contemplaría como viable en OJ-N₁, a pesar de que pudiera prescribirse en OJ-N₂.¹⁷ En este sentido, una NE funcionaría para evitar las incongruencias.

Una razón para entender esto, es que los operadores de OJ-N₁ sólo han de vincularse con aquello que sea congruente con los principios constitucionales, pues de otra forma se daría lugar a una incompatibilidad normativa (material, desde luego). La constitución, al final, es el mejor punto de referencia que coordina el ordenamiento con otros ordenamientos.¹⁸

La realidad nos ha mostrado, con frecuencia, que cuando se concreta una NE, el operador jurídico se encuentra en un *caso difícil*, esto es, un caso que requiere de argumentación, apoyo en los principios del sistema, toma de una decisión y, por tanto, creación de una norma: la NE. La discrecionalidad judicial en estos casos suele imponerse.

Un ejemplo extraído de textos dogmáticos. Este esquema mediante el cual una NE impide la vinculación con lo establecido en un OJ-N₂ (~N₂) puede atisbarse en un ordenamiento jurídico, que como el mexicano prescribe (art. 15 del CCFed) que *cuando el resultado del derecho extranjero sea contrario a los principios e instituciones fundamentales del orden público mexicano, no se aplicará el extranjero designado por la norma de conflicto.*

En esta disposición del ordenamiento jurídico mexicano (OJ-N₁) se establece una excepción al reconocimiento y aplicación de lo que se pudiera indicar en una OJ-N₂ mediante una NE que no se encuentra en un simple enunciado, sino en los principios fundantes del ordenamiento jurídico mexicano. Una NE, como ésta, presupone que otra norma del sistema mexicano (una conflictual) había indicado que para el mismo supuesto fáctico-normativo tendría que recurrirse a lo prescrito en el texto de una OJ-N₂.

¹⁷ Agradezco este ejemplo al Prof. Adrián Rentería, que me lo proporcionó al leer este artículo.

¹⁸ Los conflictualistas suelen agregar otros elementos que impiden se acaten otras conductas que prescriba OJ-N₂, como en el caso en que lo prescrito en este último ordenamiento pugne con la coherencia de OJ-N₁ (que no necesariamente se localiza en una norma constitucional). Estos otros elementos no alteran la estructura plantecada, pues se trata de datos que encuadran en la NE del OJ-N₁.

8. Revisión de la extensión del texto vinculado

Además de los aspectos cualitativos (los que clarifican el texto con el que N_1 se vincula), los cuantitativos plantean otros problemas de revisión de OJ- N_2 que no caen precisamente en una NE. ¿Con qué tanto del OJ- N_2 se podrá vincular OJ- N_1 ? Vuelvo a recordar que N_1 vincula su supuesto con todo el OJ- N_2 , y no con una específica o delimitada N_2 .

Como lo explicaré, ya no se trata de la mera validez material de OJ- N_2 , sino de la extensión hasta donde N_1 puede conducir. De aquí que interese precisar qué tanto de OJ- N_2 se ha de vincular a N_1 , o dicho de otra forma, ¿con qué tanto de OJ- N_2 se vincula N_1 ? La respuesta nos sorprenderá por la potencial vinculación con diversos ordenamientos jurídicos.

Para comenzar, vamos a suponer que N_1 prescribe:

los profesores deberán respetar las reglas religiosas del niño, ayudándole para que las cumpla; también deberán ayudar y auxiliar a que se cumplan las reglas de salud.

Con este ejemplo quiero explicar un poco más las posibilidades formales o cuantitativas de una norma de conflicto al vincularse con OJ- N_2 . Si tomamos en cuenta las posibles significaciones que se le pudieran atribuir al texto de N_1 , OJ- N_2 podría comprender dos tipos de contenidos:

- i) prescribir directamente la acción o conducta sustantiva que el niño debe ejecutar (el niño podrá jugar con su pelota, con su perro, comer un emparedado, crucificarse, darse de latigazos, etc.) o
- ii) remitir a una N_3 en busca de un texto en el que se encuentre la acción directa (la conducta sustantiva a ejecutar).

En la primera hipótesis, los padres prescriben la conducta específica que el menor debe ejecutar (me refiero a la conducta sustantiva), mientras que, en la segunda hipótesis, podría ocurrir que los padres prescriban una acción indirecta referida a la conducta de su hijo que dijera:

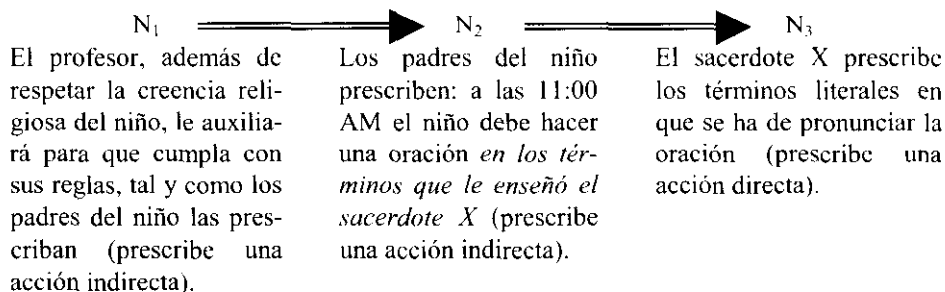
a las 11:00 horas el niño deberá hacer una oración en los términos que le enseñó la religión católica (algo propio de su religión).

En esta segunda hipótesis el texto en OJ- N_2 tiene la misma característica que una N_1 , pero no es la misma N_1 , sino otra, una N_2 (que tampoco prescribe una acción directa), y lo que prescriba la Iglesia Católica será una N_3 .

De donde N_3 es un enunciado cuyo reconocimiento deriva de una norma de conflicto de OJ- N_2 , que es el que le da vida (digamos lo hace formalmente válido en el sentido de que deriva de otra norma).

En OJ-N₃ cabe la posibilidad de que las reglas de esa Iglesia prescriban una acción sustantiva directa, esto es, un texto que indique específicamente qué y cómo ha de hacer el niño su oración, por ejemplo, que con palabras sencillas deberá pedir a Dios por la paz en el mundo.

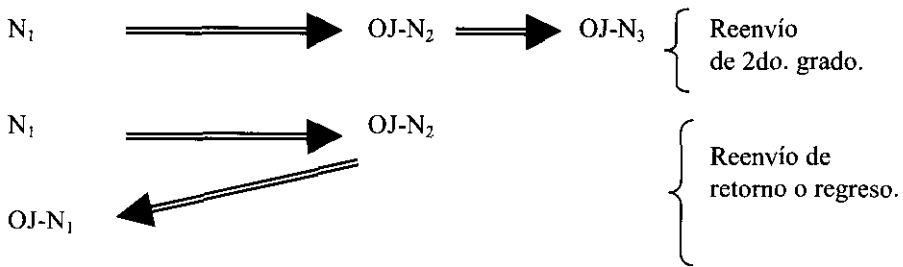
El ejemplo puede esquematizarse así



De un ejemplo como éste (donde N₁ es la norma escolar, N₂ la de los padres y N₃ la del sacerdote) resalta la necesidad de precisar la extensión del ordenamiento con el que N₁ se ha de vincular.

Reenvío. En el conjunto de enunciados que aparecen en el ejemplo anterior tenemos que OJ-N₂ (el ordenamiento de los padres del niño) no prescribe una acción directa, sino que remite a otro OJ en cuanto al contenido sustantivo de la conducta a realizar. Los conflictualistas le llaman al brinco realizado por la norma de conflicto de OJ-N₂ como *reenvío*. En este sentido, el salto o reenvío conduce a vincular el supuesto, que está en N₁, con una acción prescrita en otro ordenamiento (OJ-N₃) que ha sido declarado competente (léase formalmente válido) por OJ-N₂.

A OJ-N₃ hemos llegado por medio de lo que el metalenguaje jurídico denomina *reenvío de segundo grado*. Ahora bien, el reenvío no sólo puede redireccionarse a ordenamientos diversos al de OJ-N₁, ya que puede regresar al inicial. De esta forma, al considerar la extensión de OJ-N₂ también cabría la posibilidad de que este ordenamiento hubiese remitido a OJ-N₁, reenvío o salto conocido como *reenvío de retorno*. Algo así como en el ping pong donde la pelotita regresa al lugar de su origen. Ambos saltos se pueden representar así:



Para el reenvío de retorno pensemos que el profesor (N_1) le dice al niño “debes cuidar tus cosas personales de la misma forma como tu papá, en casa, cuida sus cosas”. Se trata de un enunciado que remite a $OJ-N_2$ en donde el padre le sentencia al hijo: “cuida tus objetos personales así como te indican en la escuela”. Es obvio, en este salto, $OJ-N_2$ está remitiendo a una respuesta prescrita por $OJ-N_1$. Pero en este caso, si sólo se tomara en cuenta N_1 , se plantearía un conflicto negativo, pues ninguno de los ordenamientos le da respuesta al supuesto normativo. Para remediar este tipo de problemas, se suele recomendar que ya no se tome en cuenta N_1 , sino sólo la respuesta directa de $OJ-N_1$. Por lo tanto, en un reenvío de retorno el reenvío no va a una norma parecida a N_1 , sino al ordenamiento jurídico sustantivo en que encaja N_1 . En esta hipótesis, la remisión que hace $OJ-N_2$, además de llamársele de *retorno*, también se le conoce o denomina estipulativamente como reenvío de *regreso*.

Atendamos ahora a $OJ-N_3$. Su validez formal deriva de $OJ-N_2$, cuya validez, a su vez, deriva de N_1 . Luego entonces, el reenvío o encadenamiento es válido en tanto sea válido formalmente (extensión de la cadena de textos).

La posibilidad de reenvíos, saltos o encadenamientos puede aumentar, pues podría ocurrir que $OJ-N_3$ remitiera a $OJ-N_4$ (reenvío de tercer grado)¹⁹ y que $OJ-N_4$, a su vez, remitiera a $OJ-N_5$ (reenvío de cuarto grado) o que $OJ-N_5$ continuara remitiendo a N_6 (reenvío de quinto grado), y así, teóricamente hasta el infinito (N_∞) retratando una cadena de textos jurídicos vinculados. Desde luego que no ahondaré en estas posibilidades que nos trae a la memoria el caso de la piedra plana, casi en forma de disco, que lanzamos a ras sobre el lago y que va brinca y brinca sobre el agua hasta que se hunde (aunque si fuera al infinito no se hundiría).

La probabilidad de que con $OJ-N_2$ podamos seguir haciendo saltos o remisiones (de regreso o a $OJ-N_3$ o hasta $OJ-N_\infty$) se encuentra en lo que N_1 o su $OJ-N_1$ prescriba. Podrá haber tantos saltos como $OJ-N_1$ permita (regulación cuantitativa).

Si $OJ-N_1$ admite que lo prescrito por $OJ-N_2$ sólo se referirá a un contenido con respuesta o conducta directa, sólo con la respuesta directa se vinculará N_1 y no con la indirecta, so pena de caer en la invalidez. En este caso, la posibilidad de dar saltos se limita.

¹⁹ Siguiendo el ejemplo del enunciado, pudiera ocurrir que $OJ-N_3$ (el texto de la regla que da el sacerdote) prescribiera: “la oración será en los términos que están redactados en tal o cual lugar de la Biblia”, con lo cual remite a $OJ-N_4$.

Reitero, la posibilidad de dar saltos (recurrir al reenvío) solo cabe como posibilidad válida en la OJ-N₁, que en este caso, funciona como norma fundante. Sólo OJ-N₁ puede establecer el número de saltos o vínculos.

En el derecho legislado una disposición, muy socorrida por OJ-N₁, es la que prescribe:

se admite que OJ-N₂ haga una remisión, siempre y cuando la remisión sea de retorno.

Un ejemplo de esta disposición es la española, cuyo Código civil (art. 12.2) prescribe: “la remisión hecha al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”.

9. La norma de conflicto. Algunos de sus elementos

Una norma de conflicto (independientemente de que estemos o no de acuerdo con esa expresión lexical) se retrata como la N₁ que he venido refiriendo, y no debe confundirse con los demás textos jurídicos que existen en OJ-N₁; la norma se retrata con textos que establecen una conducta o acción indirecta. Esto porque vincula el supuesto fáctico-normativo con el o los textos prescritos en OJ-N₂. Por otro lado, esta idea se advierte (con mayor o menor claridad) en las definiciones dadas por algunos destacados ius internacional privatistas. Así, para Henri Battifol, la norma de conflicto “tiene por fin determinar la legislación según la cual se debe resolver una determinada situación de derecho”. Para Yassen “es la regla de derecho que determina el derecho aplicable a una situación de derecho privado de carácter internacional”. En la idea de Vallindas se trata de “aquellas normas que determinan el campo de aplicación en el espacio de las leyes pertenecientes a diversos órdenes jurídicos”. Para Puig y Peña se trata de “meras disposiciones de carácter delimitador, cuya única finalidad consiste en determinar correctamente qué ley o jurisdicción deberán ser los competentes para disciplinar la relación de que se trata”.²⁰

A pesar de la diversidad de definiciones planteadas, en ellas se presupone la existencia de las N₁ y OJ-N₂ a que me he venido refiriendo. La N₁ es la caracterizada como norma conflictual. Las que son objeto del DIPr se vincula con un texto extranjero. Con lo que no estoy de acuerdo en las citadas definiciones en el hecho de que una norma de conflicto indique cuál es el derecho u ordenamiento aplicable. La llamada norma de conflicto, como lo hemos visto, sólo vincula la respuesta directa con otro ordenamiento, pero, no necesariamente ese otro es el que debe responder o ser aplicado, como también lo he explicado. No lo hace necesariamente aplicable.

La presentación que hasta ahora he venido haciendo, la he apoyado en diversos aspectos que arroja la teoría del lenguaje jurídico. Con base en éste, se percibe solamente

²⁰ José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho Internacional Privado, Parte general*, vol. I, Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1992, p. 155.

la vinculación de textos. No se trata del vínculo de una norma de conflicto con otra norma, como también lo he explicado, ni tampoco que el texto extranjero vinculado sea el aplicable. La norma de conflicto, desde la percepción de la teoría del lenguaje, sólo vincula un texto extraño al supuesto o hipótesis establecido en N_1 .

Aunque las normas de conflicto no son objeto exclusivo del DIPr, han sido los teóricos de esta disciplina (juristas dogmáticos) quienes más las han abordado para explicarlas. Lo que ahora falta es que los teóricos del derecho (los que sólo se dedican a la teoría) también las expliquen.

No hay que olvidar que las normas de conflicto también son objeto de estudio por el derecho interestatal (entre entidades federativas), el interétnico, el intertemporal, etc. Luego, la norma de conflicto no es un objeto de estudio exclusivo del DIPr como algunos suelen creer. También le compete a otras disciplinas y, como norma que es, a los que la cultivan la Teoría del derecho.

Modalidades deónticas y subordinación. No es difícil comprender que mediante una norma de conflicto se prescribe (aunque sea indirectamente) la conducta permitida, obligada o prohibida con la que N_1 se vincula. A la vez, que (al menos en la órbita del derecho internacional privado) la amplitud del elemento deóntico se encuentra en un ordenamiento jurídico diferente al de donde se encuentra el aplicador, salvo las excepciones que al respecto prescriba OJ- N_1 .

La norma de conflicto, objeto del DIPr, corresponde a una norma de reconocimiento que identifica al texto que prescribe el elemento deóntico de la conducta o acción específica esperada.

Vamos, en cuanto a su estructura una norma de conflicto pura (sin modalidades) establece una acción prescriptiva cuyo operador deóntico se reduce a la obligación de recurrir a un texto que prescribe cuál es la conducta directa obligada, prohibida o permitida. Pero, por lo general, estos operadores deónticos no están en la norma de conflicto, sino en el texto vinculado que contiene los enunciados específicos. La norma de conflicto sólo contiene la obligación de recurrir a otro texto que, en el derecho internacional, se encuentra en otro sistema (un ordenamiento extranjero). No obstante, cabe que en la norma de conflicto puedan introducirse algunas modalidades que delimiten hasta dónde queda prohibida una conducta, hasta dónde se permite, o qué tan obligado ha de estar el destinatario.

Similitud de la estructura de una norma de conflicto internacional y una interna. La vinculación entre los textos de N_1 y OJ- N_2 parecería complicarse cuando cada N pertenece a ordenamientos jurídicos diferentes (vamos, cada una con normas primarias fundantes diferentes). En realidad, no lo es tanto. Cuando la N_1 de un ordenamiento jurídico prescribe una respuesta sustantiva acorde a lo que indique la OJ- N_2 (el extranjero), la vinculación opera de la misma forma en que operaría con otros textos del mismo ordenamiento jurídico a que pertenece N_1 , como el caso de sistemas federales o en los casos de vinculación con un ordenamiento de algún grupo étnico. Esto es, el modelo o esquema de la llamada norma "indirecta" es el mismo.



Revisión del texto extranjero. En la norma de conflicto que remite a un texto extranjero hay varias hipótesis que surgen al revisar el mérito de OJ-N₂, en uno de los cuales cabe rechazar su reconocimiento y aplicabilidad. Así ocurre cuando la disposición de OJ-N₂ ofende el orden público (el de OJ-N₁), o en los casos de *fraude a la ley*, se trate de una *institución desconocida* o *falte reciprocidad* entre ambos ordenamientos. En gran medida, las NE (norma de excepción) corresponden a los filtros que impiden que una regulación extraña se introduzca al OJ-N₁, pues se procura lograr la coherencia del sistema de OJ-N₁. En estos casos, a pesar de que se establece una vinculación entre N₁ y OJ-N₂, este último ni se aplica ni recepta. No obstante, las normas de conflicto siguen siendo tales.

Los “filtros” corresponden con las previsiones o definiciones que limitan la aceptación de algún elemento deóntico prescrito en un ordenamiento jurídico extranjero. Estos filtros, pueden estar o no en una norma de conflicto. Si faltan, la norma de conflicto sigue siendo tal.

Bajo este enfoque lingüístico, en una norma de conflicto que se vincula lingüísticamente con un ordenamiento jurídico extranjero cabe la posibilidad de admitir o rechazar reenvíos, limitarlos y regularlos, en términos similares a como ya lo explique. Estas posibilidades son accidentales.

Las revisiones cualitativas y cuantitativas se perciben con mayor fuerza en el DIPr que en las normas conflictuales interestatales (entre entidades federativas), seguramente por depender estas últimas de un ordenamiento jurídico común.

En fin, las normas de conflicto, tal y cual han sido presentadas por algunos autores no son lo que ontológicamente percibimos. De ahí que insista en la necesidad de volver a teorizar sobre éstas, incluso hasta para sustituirles la denominación estipulativa con las que se les conoce.

La regulación mexicana. Por último, y antes de concluir, quiero aludir como ejemplo, lo que el sistema jurídico mexicano prescribe en torno a las normas de conflicto propias del DIPr.

Las disposiciones conflictuales que suelen operar en México, como regla general, prescriben:²¹

- a) Que una N₁ mexicana declare aplicable (válido) para regular un específico supuesto fáctico-normativo al texto de un OJ-N₂, esto es, perteneciente a un ordenamiento jurídico diferente al que pertenece N₁.²²

²¹ No toda la normatividad conflictual en México es similar, lo que aquí explico es la federal, que es similar en algunas entidades federativas.

- b) Que el texto OJ-N₂ puede contener disposiciones que regulen el supuesto en forma directa o indirecta (en México se admite o prevé esta posibilidad).

Al lado de las reglas generales, la regulación conflictual internacional mexicana prescribe, como filtros, algunos elementos cuantitativos y otros cualitativos. En el renglón de los cualitativos tenemos

- a) Que, como regla general (de OJ-N₁), el texto de OJ-N₂, designado como aplicable, sólo lo será si regula la conducta en forma directa, no indirecta (regla general).
- b) Que, como regla especial (de OJ-N₁), esto es, en caso de no aplicarse el texto directo establecido en OJ-N₂, se podrá aplicar la norma conflictual de OJ-N₂ (caso excepcional).
- c) En el caso de que se aplique la norma conflictual de OJ-N₂, OJ-N₁ prescribe un límite cuantitativo a los saltos o remisiones, por lo que no operaría un reenvío al infinito (N_∞).
- d) La posibilidad de aplicar una norma conflictual prevista en OJ-N₂ sólo se admitirá en el sistema de OJ-N₁, sólo en dos hipótesis:
- i) Cuando la remisión que haga OJ-N₂ remita a OJ-N₁ (*reenvío de retorno*).
 - ii) Cuando la remisión que haga OJ-N₂ remita a un OJ-N₃, pero sólo al texto que regula de manera directa el supuesto (reenvío de segundo grado).²³

En el renglón de las reglas o “filtros” cualitativos del ordenamiento mexicano, se advierte que

- a) Que el texto de OJ-N₂ que se vincula a OJ-N₁ sólo será aplicable cuando su elemento deóntico sea compatible o coherente con los principios de OJ-N₁ (que encuadre en su contexto); en caso contrario, el texto de OJ-N₂ será rechazado al pugnar con el orden público o por fraude al sistema mexicano.
- b) En algunos casos, a pretexto de falta de reciprocidad de los operadores de OJ-N₂, su texto será rechazado.

Con relación a la calificación del supuesto fáctico descrito en N₁ y su interpretación, el sistema mexicano suele acoger los criterios que se siguen en el foro del texto designado con el que N₁ se vincula. En este caso, se producen algunas críticas que no me es posible explicar.

Dejo en el tintero, seguramente para algún ensayo posterior, la referencia a disposiciones de N₁ que podría llamar de textura abierta que le permiten al operador recurrir a OJ-N₂. En este caso, lo más importante será el argumento que se utilice para convencer o no de recurrir al texto extraño, a su moldeamiento (caso del *depeçage*), al reenvío o a la

22 Una N₁ puede remitir a una N₂ del propio ordenamiento jurídico (una norma mexicana a otra mexicana), o a un OJ-N₂ de otro ordenamiento jurídico (una disposición extranjera).

23 Art. 14 del *CCFed*, fracc. II: “Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado”.

calificación extraña. La construcción del sistema se acentúa mayormente, especialmente la hermenéutica del sistema.

10. Conclusiones

Seguramente he dejado muchas dudas, si es así, que bueno, pienso que he logrado despertar una cierta curiosidad en el lector, aunque también cabe la posibilidad de que esté en desacuerdo con mi planteamiento, pero esto me parece normal. Lo que me gustaría es que los teóricos del derecho (los que sólo se dedican al apartado teórico) penetren con su bagaje de conocimientos en este campo, pues parece que a la norma de conflicto la tienen como a un niño huérfano y abandonado. Son como los padres malos que han descuidado a uno de sus hijos.