

## CAPÍTULO IX

### LAS DOCTRINAS INTERNISTAS

42. *Las primeras doctrinas internistas. La obra de Waechter.* 43. *Apreciación de ella por los tratadistas posteriores.* 44. *Forma dada al problema a fines del siglo xix.* 45. *Crítica de la teoría de la autolimitación.* 46. *Intentos de fundamentación universal del derecho internacional privado interno. Teoría del fin social de la ley y el respeto a los derechos adquiridos.* Pillet y Niboyet y Vareilles-Sommiers. 47. *Crítica de ella.* 48. *Teoría de Frankenstein.* 49. *Estudio crítico de su tesis.* 50. *Teorías modernas sobre la libre legislación.* Arminjon, Pacchioni y Roberto Ago. *Exposición de sus respectivas tesis.* 51. *Apreciación crítica de ellas.*

#### 42) *Las primeras doctrinas internistas. La obra de Waechter*

Como antes advertimos durante el siglo xix nacen en Alemania, casi simultáneamente, la tendencia internacionalista, cuyo desarrollo y cuyas ramificaciones hemos visto sumariamente, y la tendencia internistas cuyas diversas manifestaciones nos proponemos estudiar en este capítulo.

Ya en la obra de Savigny marcábamos la existencia de uno de los elementos de las doctrinas internistas al ver cómo ese autor supone que el derecho de todos los pueblos debe ser recibido en cada país como eventualmente aplicable y en condiciones de absoluta paridad, haciendo así que cualquier norma de cualquier sistema de derecho pueda aplicarse sin obstáculo a un caso determinado, dejando que entre todo el derecho recibido globalmente como propio el juez pueda elegir por medio de investigación científica la norma apropiada.

La tendencia internista en sus diversas manifestaciones toma casi siempre como punto de partida esta "recepción" del derecho extranjero, separándose sin embargo profundamente de la tesis de Savigny al negar con la no territorialidad de la ley, la recepción global y la formación teórica de la comunidad jurídica internacional; negando igualmente la posibilidad del juez para elegir libremente la norma aplicable, elección que deja en manos del legislador que en la materia puede obrar sin sujeción a normas superiores y cuya ley, así formada, obliga al juez a aplicar la ley extranjera señalada por el legislador.

G. Waechter<sup>82</sup> puede considerarse como el primero de los tratadistas que preconiza con toda firmeza una doctrina claramente internista en el campo del derecho internacional privado, llevando a cabo en su obra un movimiento enérgico de reacción contra la ausencia de fundamento jurídico de la teoría estatutaria y, siguiendo la estricta división de poderes marcada por Montesquieu, fija con toda precisión las funciones del juez, asentando con toda justificación que el juez, como órgano de la voluntad del legislador, debe ante todo, cuando se le presenta un problema cualquiera, investigar cuál ha sido la voluntad del legislador en relación al problema que ha de resolver; si encuentra que el legislador ha resuelto el problema, señalando qué ley debe aplicarse, debe llevar a cabo la aplicación de la ley señalada.

Este principio que tenemos por evidente, Waechter se empeña en señalarlo expresamente en vista de que en la materia y en particular en su época era frecuente que los tratadistas señalaran a los jueces la necesidad de desobedecer la ley cuando en ella se consagraba un principio que “no correspondía a la verdadera naturaleza de las cosas”<sup>83</sup> o cuando menos se aventuraban a construcciones teóricas olvidando la ley positiva.

Asentada esta primera base para su construcción, Waechter observa que, en vista del reducido número de leyes sobre derecho internacional privado, puede ser frecuente que el juez no halle en su legislación una norma aplicable al caso. Entonces, puesto que el legislador no ha manifestado expresamente cuál es la ley que deba aplicarse “el juez deberá buscar el sentido y el espíritu de las otras normas vigentes en el Estado, en cuanto a conflicto de leyes y derivar por analogía la resolución al caso concreto”.<sup>84</sup> Si esto llega a ser imposible, el juez debe aplicar al caso las normas substanciales de su propia ley.

Así Waechter separa el derecho internacional privado de toda la creación puramente teórica seguida por los representantes de la Escuela de los Estatutos, pero igualmente deja sin importancia alguna cualquier derecho superior. Según él, sólo es posible aplicar una ley extraña a la propia cuando así lo haya querido expresa o tácitamente el Estado del cual el juez es órgano.

La absoluta autonomía de cada Estado para legislar en la materia, base de toda la doctrina internista, aceptada de plano por Waechter, se en-

<sup>82</sup> Sus obras: *Über die Collision der Privatrechtsgesetze*, 1841; *Encyclopaedie des Wechtrechts der europoischen und Aussersnpoenischen Laender*, 1879. Ver sobre sus obras, Castellani, *L'Opera di Georgio Waechter*.

<sup>83</sup> Ver sobre este punto el estudio de Walter Simons en *Recueil des cours*, Academia de la Haya, 1928.

<sup>84</sup> Citado por A. Cavaglieri, *Lezioni*, p. 33.

cuentra en la exposición de motivos del Código Civil alemán y también en las conclusiones de la segunda comisión de lectura del mismo código.<sup>85</sup>

#### 43) *Apreciación de ella por los tratadistas posteriores*

La oposición a la tendencia marcada por Waechter fue necesariamente violenta. Brinz la repudia decididamente, Romano y Betti la califican rotundamente como inaceptable, Triepel, Zitelmann y Kahn le niegan la amplitud que el autor pretende darle, considerándola inadecuada para su objeto y contraria a los más elementales postulados indispensables para la coexistencia de Estados soberanos y para el comercio internacional.

Sin embargo y pasando a través de la crítica de estos autores, la obra de Waechter merece continuamente los más cálidos elogios de los diversos tratadistas, aun de quienes, como Cavaglieri, sustentan teorías absolutamente diversas.

Se ha objetado igualmente que Waechter no hace sino desplazar el problema, viéndolo sólo en uno de sus aspectos al afirmar qué debe hacer el juez y sin fijar la naturaleza especial del problema, ni señalar las características que deben fundar su solución, no resuelve sino que deja sin solución el problema. En este sentido puede considerarse la tesis de este juriconsulto adaptable a cualquier doctrina y a cualquier tendencia.

A nuestro juicio, existe parte de verdad en la objeción, pero teniendo que prescindir de la limitación de la potestad legislativa, superior en tanto aceptemos que el poder del Estado no reside sino en el Estado mismo y no en autoridad o derecho superior, la tesis de Waechter viene a dar al problema un sentido lógicamente posible. Así como en el planteamiento que del problema hace la escuela internacionalista vemos la necesidad de prescindir de toda solución lógica, en Waechter encontramos esa posibilidad y precisamente dentro de un orden fijo de ideas: la ley extranjera sólo puede aplicarse cuando el legislador *del propio Estado* lo ordene.

¿Cuándo debe ordenar esa aplicación el legislador? ¿Por qué tiene ese deber? ¿Cómo debe dar esas normas? ¿Cómo han de interpretarse?, y ¿Cómo han de aplicarse?, son problemas que parecen haber escapado a este jurista a quien preocupa particularmente volver el problema a su sentido jurídico, con lo cual es bastante para hacer meritoria su obra.

La tesis de Waechter tiene nuevas y más importantes manifestaciones en épocas posteriores, particularmente a fines del siglo xix y a principios del xx, cuando en Alemania varios tratadistas tomando su idea fundamental dan a la tendencia internista un valor mucho mayor precisando sus conceptos, sus problemas y tratando de buscar soluciones técnicas pro-

<sup>85</sup> Ver sobre esto Roberto Ago, *op. cit.*, p. 70, nota 1.

pías a la teoría del derecho internacional privado. Así, entre otros autores, Meili y Niemeyer dan al problema un especial aspecto en cuyo examen vamos a ocuparnos y posteriormente otros autores tratan de buscar para esta rama del derecho fundamentación científica con autoridad, si no para normar obligatoriamente la actividad legislativa interna de cada Estado, sí cuando menos para mostrar al legislador el camino que, de ser justo, debe seguir al legislar sobre la materia.

#### 44) *Forma dada al problema a fines del siglo XIX*

A fines del siglo XIX y principios del presente, la tesis internista toma un aspecto particular que merece ser visto por la aceptación que ha tenido entre los estudiosos.

En este periodo se considera que el problema del derecho internacional privado consiste en la determinación de los límites espaciales de aplicación de las normas substanciales de un sistema de derecho<sup>86</sup> o bien como la determinación del sistema competente para normar una relación jurídica cualquiera.<sup>87</sup>

Parece que al plantear el problema en esta forma, aun cuando se prescinda de la tendencia internacionalista, se sigue su pensamiento viendo en el caso un problema de límites o un conflicto entre varios sistemas, lo que es equivalente desde el punto de vista lógico.

Es importante observar que no obstante ese problema de limitación que presupone esta forma de plantear el problema específico del derecho internacional privado, los autores que así presentan dicho problema niegan, sin embargo, la existencia de todo sistema de límites superior al Estado y, en consecuencia, sólo conciben las normas de derecho internacional privado como normas internas, no sólo formalmente, sino en un sentido propio y verdadero.

Sin la pretensión de crear normas superestatales se trata sin embargo de resolver un problema consistente en la delimitación de las respectivas esferas de validez espacial de los diversos sistemas jurídicos.

Siguiendo su camino lógico los autores más recientes que aceptan esta forma de plantear el problema, forzados por el carácter internista de las normas de derecho internacional privado, van forzosamente a fijar el objeto de ellas en la limitación de la esfera espacial de acción del propio sistema de derecho, es decir, a fijar la esfera de acción del derecho sustantivo interno.

<sup>86</sup> En este sentido particularmente Niemeyer, *Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen*, Berlín, 1901, p. 11.

<sup>87</sup> Ver sobre esto Gutzwiller, *Internationales Privatrecht*, p. 1535 y Nussbaum, *Deutsches Internationales Privatrecht*, p. 1.

La doctrina a que nos venimos refiriendo llega a cambiar los términos del problema, haciéndolo consistir en la limitación de la eficacia del propio sistema, y se considera como una función indispensable del legislador fijar cuándo han de valer y cuándo no las normas que dicta.

Al lado de ese primer problema viene forzosamente relacionado el segundo que consiste en la determinación de la norma competente para regular aquellas situaciones a las que no alcanza el orden jurídico interno.

#### 45) *Crítica de la teoría de la autolimitación*

De esta manera de plantear el problema resultan consecuencias gravísimas que obligan a la teoría internista a abandonar su postulado primordial, puesto que si el derecho de cada Estado es el único competente para fijar su esfera de acción, señalando límites a la eficacia normativa de sus leyes, este principio debe ser aceptado como válido para todos los Estados y en consecuencia el juez ante quien se plantea la resolución de un caso concreto, no aplica la norma extranjera que señala su ley como complementaria, cuando dicha ley quiera, sino que también es indispensable que el derecho extranjero en sus normas de limitación quiera ser aplicado al caso.

Es pues preciso para que en cada caso se aplique la norma extranjera que el Estado del juez y el Estado al que la norma pertenece coincidan en su voluntad de regir un caso determinado por medio de tal o cual norma.

Esta necesaria coincidencia puede realizarse, pero según el postulado fundamental de la tesis, sólo se realizará eventualmente.

Así, los autores que defienden la tesis de la autolimitación del legislador tienen que abandonar la pureza de su método para recurrir con Anzilotti al sentido internacional de la norma interna, lo que es ilógico e inaceptable, o a pretender imponer principios universales, que en virtud de su fuerza dogmática hagan necesaria la coincidencia de las soluciones propuestas por los diferentes Estados como límite de aplicación de sus respectivos sistemas de derecho.

#### 46) *Intentos de fundamentación universal del derecho internacional privado interno. Teoría del fin social de la ley y el respeto a los derechos adquiridos. Pillet y Niboyet y Vareilles-Sommiers*

Tanto la necesidad a que nos referimos antes, como el deseo de dar a todos los problemas de derecho internacional privado una solución uniforme que evite los conflictos a que nos referimos en el párrafo anterior

y que haga más seguras y más fácilmente protegibles las relaciones jurídicas que pueden desarrollarse en varios sistemas de derecho, han impulsado a la teoría moderna a la construcción de tesis de carácter puramente científico que puedan imponer a los Estados la necesidad técnica de resolver los conflictos de leyes de una manera uniforme. En particular sólo mencionaremos como las más importantes, la tesis de Pillet y Niboyet y la de Frankenstein, por ser las únicas que merecen por su misma construcción un estudio especial.

Ya anteriormente hicimos ver cómo la tesis de Mancini puede tener precisamente la significación de una construcción doctrinal para orientación de la ley interna y aun cuando la clasificamos en el grupo de las teorías internacionalistas puede ser considerada como pretendiendo sólo guiar científicamente la legislación de cada Estado.<sup>88</sup> Sería ocioso repetir lo que sobre esta doctrina expusimos, ya que al apreciarla observamos los inconvenientes graves que presenta para poder tenerla como única doctrina en la materia o aun como una doctrina perfecta, quedando sujeta además a la objeción de carácter general que, a su tiempo, hemos de ver merecen las doctrinas de tendencia universal.

Vareilles-Sommiers presenta también una doctrina con tendencia universal, pero formando parte integrante de la sostenida por Pillet y por Niboyet, creemos conveniente en beneficio de la brevedad que precisa, tratarla al estudiar la tesis de estos últimos maestros.

Antoine Pillet y su discípulo J. P. Niboyet sustentan una doctrina que por momentos se acerca a la tendencia internacionalista en forma que puede tenerse como tal la finalidad perseguida por sus autores; pero, después de apreciarla no sólo en su exposición general sino en sus conclusiones particulares, hemos creído ver en ella una tesis que, prescindiendo de toda fundamentación en el derecho de gentes que venga a imponer un deber a los Estados, trata sólo de orientar en la mejor forma posible la legislación interna, que conserva su absoluta autonomía, aun cuando por razones sólo doctrinales deba seguir el criterio que como mejor presentan estos autores, ya que no obstante que se habla del respeto a las soberanías y del "derecho de gentes" como vehículo para resolver el problema, en la fundamentación misma de la teoría encontramos que ésta consiste en una especial interpretación del derecho interno.

Estos autores después de hacer constar la coexistencia de soberanías independientes hacen ver que esta mutua independencia será mayor en tanto sea mayor el respeto mutuo, permitiendo a sus respectivas leyes regir las relaciones jurídicas que "deban" ser reguladas por cada una de ellas.

Este respeto absoluto, único medio de lograr la solución de los "conflictos" entre las diversas soberanías, puede resolverse, según ellos, teniendo

<sup>88</sup> Ver antes núm. 31, cap. VII.

en cuenta dos ideas básicas: la finalidad social de la ley como medio para fijar la ley competente para crear una situación jurídica y el respeto que todos los Estados deben a los derechos adquiridos.<sup>89</sup>

Por lo que se refiere a la primera de sus ideas fundamentales, Pillet hace constar que es siempre preciso que la ley pueda producir, no sólo en el territorio del Estado que la dicta sino internacionalmente, el efecto que por ella se trata de lograr y para determinar cuál ha de ser ese efecto procede a un análisis atractivo de las características preponderantes de ella.

Así señala a la ley dos características fundamentales: la permanencia y la generalidad.

La ley es “permanente” en cuanto se aplica a los individuos de manera constante y sin interrupción, consecuentemente, afirman los autores citados, debe ser extraterritorial.

La ley es “general” en tanto se aplica a todos los individuos que se encuentran en un territorio. La generalidad de la ley es causa de su territorialidad.

El conflicto se produce al saber si una ley es permanente o es general, pero siendo la generalidad y la permanencia “causas” de efectos antinómicos es preciso sacrificar una de las dos características frente a la otra y para ello sólo puede servir de guía “la finalidad social de la ley”.

La permanencia y la generalidad de la ley pueden tener mayor o menor importancia, ser ésta variable y aun neutralizar sus efectos según el caso particular de que se trate. Para determinar cuál de las dos características debe subsistir, es preciso interpretar cuidadosamente la ley. Llevada a cabo la interpretación puede señalarse la ley competente para crear o aniquilar una situación jurídica.

Por lo que hace a la segunda idea fundamental: el respeto a los derechos adquiridos, encontramos que Pillet viene a dar brillo a una idea ya expuesta y abandonada, al pretender reducir su alcance.

Hemos visto ya que Savigny trata de establecer un riguroso paralelismo entre el problema temporal y el problema espacial de la eficacia de la norma jurídica, paralelismo que sin embargo nos lleva al extremo de pretender aplicar normas idénticas a la solución de ambos casos.

Posteriormente, a mediados del siglo XIX, encontramos verdaderos intentos para cimentar en la teoría del respeto a los derechos adquiridos, toda la doctrina sobre derecho internacional privado<sup>90</sup> y en la obra de Vareilles-Sommiers, *Synthèse du droit international privé*,<sup>91</sup> encontramos expuesta la tesis en todo su aspecto fundamental.

<sup>89</sup> J. P. Niboyet, *Manuel de Droit International Privé*, pp. 427 y ss.

<sup>90</sup> Ver Schaffner, *Entwicklung des Int. Privatrecht*, p. 60; Pütter, citado por Catellani y por Pacchioni, *op. cit.*, p. 85.

<sup>91</sup> Números 33 a 45.

De acuerdo con esta tesis, de entre las leyes que pueden intervenir en la regulación de un fenómeno, sucesivamente, la ley del juez debe preferirse, puesto que es la última, pero dejando a salvo los derechos ya adquiridos bajo la vigencia de leyes que anteriormente fueron aplicables al mismo fenómeno. Así el juez que se encuentre frente a un derecho adquirido bajo leyes extranjeras deberá respetar ese derecho y para ello aplicar la ley que lo creara.

Pillet hace ver que el problema del respeto de los derechos adquiridos es sólo "un polo del derecho internacional privado: el primero es la determinación de la ley aplicable cuando se trata de que un derecho nazca; el segundo interviene para asegurar el reconocimiento de lo que se ha hecho conforme a esa ley" para concluir que "el derecho, cuando se ha adquirido, debe producir en los demás países los mismos efectos que en su país de origen" "salvo que se afecte una institución del derecho o al orden público" y cuando se haya adquirido con fraude de la ley.<sup>92</sup>

#### 47) *Crítica de la teoría del fin social de la ley y el respeto a los derechos adquiridos*

La lucidez de expresión empleada por los dos célebres maestros franceses Antoine Pillet y J. P. Niboyet, la brillante presentación de ejemplos y casos típicos y la sencilla apariencia de su doctrina hacen peligroso su análisis y por lo mismo tomaremos sus ideas fundamentales para examinarlas sucesivamente, sin comentar los ejemplos en que se apoyan para no hacer la crítica interminable.

En primer término hacemos notar que Pillet y Niboyet ven en el derecho internacional un problema de "conflicto de soberanías" que ha de resolverse por un "mutuo respeto". Si este respeto debiera imponerse por un derecho superior, caeríamos en todos los errores que señalamos a las teorías internacionalistas y no derivando la soberanía interior de ningún derecho superior habríamos de renunciar, como hemos dicho, a la solución jurídica del problema. Si el "conflicto" ha de resolverse limitando el efecto de las propias leyes, nos encontramos en el problema de la teoría internista de la autolimitación y sólo podríamos salir de él si la teoría propuesta por los maestros franceses fuera de tal manera científica que sus conclusiones se impusieran con la fuerza de un axioma matemático.

Pero desgraciadamente esta nueva teoría dista mucho de resistir al análisis lógico.

En la primera idea fundamental de esta tesis se parte de dos principios sentados *a priori*, que a nuestro juicio son inadmisibles: el primero la

<sup>92</sup> Ver J. P. Niboyet, *op. cit.*, pp. 437, 449, 455 y 459.



característica de la permanencia de la ley que se hace, sin demostración, causa de su extraterritorialidad, volviendo al principio de la "personalidad del derecho" sin justificar su posibilidad. El que "nada obste" para que se aplique el derecho extranjero, según la frase de Mancini que sin usarla emplean estos maestros, no puede causar la necesaria no-territorialidad de determinadas leyes. "Ningún Estado, hace notar Pacchioni, ha pensado en proclamar la 'personalidad del derecho' que equivaldría a una humillante confesión de su impotencia legislativa, hecha, además, sin necesidad, ya que la creciente uniformidad de las leyes de los países civilizados protege automáticamente a los extranjeros. . ."<sup>93</sup> En este punto, consecuentemente, la tesis de Pillet y Niboyet se convierte en una afirmación no demostrada y antipositiva, siendo por este solo motivo bastante para desecharla en su conjunto.

Todavía encontramos que carece de lógica y que se desprende de la realidad en cuanto al criterio fundamental propuesto. Se afirma que el fin social de la ley debe respetarse no sólo en cada Estado sino también internacionalmente. Esto implica forzosamente o la determinación de la finalidad por una autoridad superior, lo que no existe, o la necesidad de que esa determinación se haga tomando en cuenta la voluntad de cada legislador y el fin que él persigue en cada disposición. Así el juez puede, pensando en su propia ley, negar aplicación a leyes extranjeras cuya finalidad preponderante sea la "permanencia" o, por el contrario, aplicar leyes cuya finalidad preponderante sea la "permanencia" o, por el contrario, aplicar leyes cuyo finalidad fue la "generalidad" según su propio autor. La misma ley puede tener finalidad diferente en distintas épocas, en diversos medios y en algunos casos. Pillet y Niboyet lo admiten, como hemos visto, y siendo esto así no puede hablarse de identidad de finalidad social de la ley en todos los países internacionalmente. Una construcción lógica basada sobre esta argumentación y sobre una afirmación que no se encuentra apegada a la realidad hace inaceptable la doctrina que sobre esa construcción se apoye.

Además, la pretensión de ser una teoría científica la propuesta por Pirret carece de todo serio fundamento, al ver cómo para resolver el problema prescinde de una de las dos características fundamentales de la ley, abandonando el campo científico para reducirse a una tesis que no significa más que "el menor sacrificio", lo que no puede nunca afirmarse teóricamente en derecho.

Si por lo que hace a la primera parte de la teoría de Pillet debe concluirse que es de todo punto de vista inaceptable, la segunda parte de esa misma teoría no presenta mayor aspecto de solidez.

<sup>93</sup> Pacchioni, *op. cit.*, p. 92.

Hemos dicho ya que esta parte de la teoría que analizamos no es original de Pillet y, por lo mismo, nuestro estudio crítico no debe limitarse a ella sino que, además de ver, como hemos visto el aspecto con que Pillet la propone es necesario juzgarla bajo todas sus diferentes manifestaciones.

Tanto en Europa como en los Estados Unidos ha tenido éxito más de una vez esta idea, como base para la resolución de "conflictos de leyes", así la encontramos en la sentencia del juez Holmes en el caso *Slater vs. Ferrocarriles Nacionales de México*<sup>94</sup> y la vemos tener aceptación en las obras de Story y de Dicey.

Este último autor plantea su tesis a este respecto en los siguientes términos: "En rigor las cortes de un país, por ejemplo, las Cortes de Inglaterra, no aplican jamás la ley extranjera y cuando parecen hacerlo no dan ejecución a la ley extranjera sino a los derechos adquiridos bajo la autoridad de esa ley"<sup>95</sup> y agrega: "Todo derecho debidamente adquirido bajo la ley de un país civilizado, es reconocido por los tribunales ingleses que, de una manera general, imponen su respeto; un derecho que no ha sido debidamente adquirido no es reconocido por los tribunales".<sup>96</sup>

Vareilles-Sommiers presenta terminantemente el problema como de retroactividad y después de exponer cómo las leyes de cada Estado rigen a todos los que se encuentran en su territorio y que fuera de él a nadie rigen, establece que:

Todos los actos verificados sobre un territorio están sometidos al derecho común local y, una vez efectuados sobre un territorio conforme a sus leyes, deben en principio ser válidos a los ojos de todo el mundo. Los actos verificados sobre el territorio de un Estado, contra sus leyes, son nulos en todas partes. Lo que quiere decir que la ley de los territorios donde estos actos son hechos valer no tiene efectos retroactivos, no anula o no modifica ningún acto verificado bajo el imperio de la ley de otro territorio.<sup>97</sup>

Las diversas maneras de plantear el problema no difieren de la idea de Pillet y Niboyet sino en el alcance que se les pretende dar. Siendo evidente que para que un derecho adquirido produzca efectos precisa saber si se ha adquirido, en tanto que Dicey y Vareilles-Sommiers dejan su creación a la ley territorial, Pillet y Niboyet lo fijan de acuerdo con su tesis sobre la finalidad social de la ley, pero teóricamente el aspecto es idéntico.

Hay que advertir que en la idea de Dicey, de manera clara y en los demás veladamente, se parte de una distinción entre "derecho" y "ley", haciendo ver que las leyes no tienen una competencia sucesiva sino simul-

<sup>94</sup> U. S., 1904.—120.

<sup>95</sup> *Digest*, "Introduction", p. 9.

<sup>96</sup> *Digest* (2ª ed.), pp. 23 y ss.

<sup>97</sup> *La synthèse du droit international privé*, 1, pp. 12, 19, 30 y 33.

tánea, pero que el derecho tiene “estadios distintos en la vida jurídica: su nacimiento y su eficacia”, presentando así un problema aparentemente temporal.

Desde luego debemos notar que entre “ley” y “derecho” no existe más diferencia que la que hay entre lo abstracto y lo concreto y en consecuencia si las leyes tienen efectos simultáneos en los diversos países y no sucesivos, para apreciar un “conflicto” entre ellas no podemos válidamente suponer un efecto sucesivo y no simultáneo sobre el “derecho”.

Independientemente de esta objeción debemos tener en cuenta la imposibilidad de fundar total o parcialmente una teoría de derecho internacional privado sobre la base del respeto o la eficacia internacional de los derechos adquiridos.

En primer término el mismo concepto de “derecho adquirido” es científicamente discutible y aun deleznable.

Este concepto, escogido como límite a la retroactividad de la ley, tiene consistencia sólo en tanto la ley más reciente no quiera tener efecto retroactivo. Existe, pues, un verdadero y propio círculo vicioso en el que caen los escritores que sostienen que una ley más reciente no puede destruir los derechos adquiridos con base en la ley antigua que reguló la misma materia, porque en realidad, la ley puede, siempre que quiera, atribuirse efectos retroactivos, de lo cual resulta que sólo son “adquiridos” aquellos derechos que la nueva ley quiere respetar. No es que la ley encuentre un límite en el derecho adquirido, sino que sólo puede hablarse de derechos adquiridos en tanto la nueva ley reconozca que, dentro de ciertos límites, deba aplicar aún la ley antigua para cuidar los intereses justos de las partes y la seguridad y certidumbre del comercio.<sup>98</sup>

La idea de Pacchioni transcrita nos da la medida con la cual podemos apreciar la seguridad que internacionalmente puede tener la tesis del respeto a los derechos adquiridos, pero, complementan admirablemente su idea y determinan el definitivo abandono de esta tesis los comentarios de Beale y de Wigny sobre ella.

Beale se expresa en los siguientes términos:

Desde el punto de vista jurídico todos los derechos deben ser creados por la ley; desde luego el derecho es un producto artificial, no es un simple hecho natural; ningún derecho legal existe en estado de naturaleza. Por otra parte, un derecho es una entidad política y no social; ningún derecho puede ser creado por la simple voluntad de los particulares.

La ley es una disposición general que rige situaciones jurídicas futuras. Para crear los derechos ella establece que ligará un derecho a la realización de un acontecimiento determinado; la ley agrega a este hecho una cierta

<sup>98</sup> Pacchioni, *op. cit.*, p. 86, y *Elementi di diritto civile*, pp. 68 y ss.

consecuencia, que es la creación de un derecho legal. La creación de un derecho está por tanto subordinada al acontecimiento de ciertos hechos.

Cuando un derecho ha sido creado por la ley este derecho viene a ser un hecho y su existencia puede ser un factor del acontecimiento que la misma ley u otra ley considere como la condición de un nuevo derecho. En otros términos, el derecho puede ser cambiado por la misma ley que lo creó o por otra ley que sobre él tenga autoridad.

Si ninguna ley tiene este poder no se modifica el derecho y éste debe ser reconocido en todas partes, puesto que existe, pues no es sino el reconocimiento de un hecho.

Aunque un derecho deba ser reconocido como una realidad no se desprende de ello que se le dé fuerza legal, puesto que toda la eficacia legal de un derecho le es conferida por la ley, y puesto que sólo la ley territorial tiene autoridad en un Estado se sigue que ningún derecho extranjero puede ser sancionado, a menos que la legislación del Estado así lo decida.<sup>99</sup>

Comentando Wigny esta idea de Beale agrega:

El derecho debe considerarse bajo dos aspectos: es una entidad y es una realidad. El derecho creado por la ley francesa es una realidad como París construido por los franceses. Por otra parte, este hecho tiene una especial virtud: su existencia impone a ciertas personas una conducta determinada; los deudores, o más bien, los sujetos pasivos están obligados a algunos actos o a algunas excepciones.

¿Qué hará el soberano americano? Debe reconocerse la existencia del derecho como la de un hecho. Del mismo modo que no puede negar la existencia de los Pirineos o del Sena, debe admitir la realidad del hecho de la soberanía francesa que engendra otros hechos. Su autoridad no pelagra por este solo reconocimiento. No debe ignorar la realidad, pero debe regularla, regirla como soberano; por poderoso que el legislador sea no puede negar los hechos, pero puede atribuirles consecuencias jurídicas diferentes. El Parlamento no puede convertir a un hombre en mujer pero puede el soberano americano desconocer legítimamente el especial alcance (jurídico) de un hecho.<sup>100</sup>

Estas ideas de Beale y de Wigny, salvo algunas discrepancias en cuanto a la forma de expresión, nos presentan un juicio crítico definitivo de la tesis de los derechos adquiridos en materia internacional que, al lado de las objeciones antes formuladas, nos obligan a desechar en definitiva y en toda su integridad la doctrina de Pillet y Niboyet, tanto en la parte relacionada a la creación y extinción del derecho como en cuanto a los necesarios efectos de los "derechos adquiridos".

<sup>99</sup> Beale, *Summary and treatise on the conflicts of laws*, párrs. 2, 4, 5 y 48.

<sup>100</sup> *Essai sur le droit international privé américain*, p. 166.

48) *Teoría de Frankenstein*

No obstante que la infructuosa labor de Zitelmann, de Mancini y de Pillet para lograr una absoluta uniformidad en el derecho internacional privado muestra que tal pretensión está fuera del alcance de la ciencia jurídica, encontramos la obsesión de la uniformidad produciendo en los últimos tiempos una nueva teoría científica debida al ingenio de Ernest Frankenstein, que no mereciera particular estudio si no encontráramos en ella un esfuerzo brillante e ingenioso que contiene elementos de valor y que al estudiarla vendrá a poner en relieve la posibilidad o la imposibilidad de dar al derecho internacional privado esa uniformidad continuamente ansiada.

Frankenstein expone su teoría después de hacer ver que en la actualidad no hay un solo derecho internacional privado que sea razonable y, juzgando rápida y magistralmente las principales teorías expuestas, concluye exponiendo como su postulado fundamental la necesidad de que las legislaciones de todo el mundo lleguen a estar acordes en la manera de resolver los problemas sobre conflictos de leyes, a fin de que pueda encontrarse un estado de absoluta seguridad en las relaciones privadas que son regidas por el derecho de diferentes sistemas jurídicos.<sup>101</sup>

Para lograr esta finalidad abandona el método puramente científico y recurre a lo que él designa "método universal", tratando de encontrar la solución del problema en la esencia del derecho objetivo y en la relación entre el derecho, el hombre y las cosas para lograr extraer de su estudio filosófico y sociológico las normas científicas que como tales se imponen axiomáticamente en el campo del derecho y llevarán a la uniforme solución de los conflictos de leyes.

Con esta tendencia parte Frankenstein a la construcción de su teoría haciendo una investigación sobre el origen y la naturaleza del derecho.

El derecho, objetivamente considerado, no es sino el conjunto de los juicios de los particulares que forman un grupo determinado sobre lo que es bueno y el conjunto de esos juicios y el deseo uniforme de que todos obren bien forma la norma jurídica y del conjunto de esas normas se integra el derecho objetivo.

De aquí resulta que para una persona sólo es "*derecho*" aquello que es considerado como tal por la mayoría absoluta o por la totalidad de los individuos que forman la comunidad a que esa persona pertenece. El derecho de otra comunidad no debe considerarse *derecho* sino para sus miembros, sin poder alguno sobre las personas ajenas a esa comunidad.

<sup>101</sup> Su obra: *Internationales Privatrecht*, Berlín, vol. I, 1926; vol. II, 1929. Resumida por él mismo en *Recueil Des Cours*, Academia de la Haya, 1930, I-III, y en la *Revue de Droit International Privé*, París, 1932, pp. 47 y ss. Ver la traducción de su estudio en la *Revista General de Derecho y Jurisprudencia de México*, 1934, pp. 383 y ss.

Toda persona tiene en consecuencia su derecho propio, que es aquel al que colabora en su formación y que políticamente sostiene con su pertenencia al grupo que mantiene ese derecho.

La ley tiene en esta tesis el valor sólo de reconocimiento del derecho y, en consecuencia, la ley como el derecho debieran coincidir en su fundamento sobre la convicción del grupo de hombres que rigen.

Teniendo en cuenta estas ideas, Frankenstein no puede reconocer la existencia del derecho internacional público en tanto sus sujetos, los Estados, como personas morales, no pueden emitir juicio, ni pueden formularse leyes faltando a la comunidad internacional órganos legislativos. Así prescinde este autor de fundar su teoría en el derecho internacional público y va sólo a la naturaleza del derecho para exponer cómo ha de lograrse la fundamentación universal como sigue:

Cuando se habla de una relación jurídica es una abstracción que es útil y conveniente en cuanto no se olvide que es únicamente abstracción y no realidad. La doctrina dominante se ha olvidado de que los sistemas jurídicos no pueden regular las relaciones entre hombres, sus situaciones jurídicas, si no es dando órdenes a los hombres, obligándoles a hacer o dejar de hacer alguna cosa y que toda la fuerza de coacción de los sistemas jurídicos reposa sobre esto: que rige a los hombres. No es sino por mediación del hombre que el sistema jurídico puede regular las relaciones jurídicas y por medio de esta afirmación indudable el problema de derecho internacional privado queda resuelto, según Frankenstein, en su fondo.

Si cada hombre pertenece sólo al orden jurídico al que apoya con su obediencia y su colaboración, sólo ese orden puede regular la conducta de sus súbditos y será el único científicamente competente para hacerlo y, simultáneamente, no puede normar la conducta sino de sus súbditos.

Puede normar las acciones de sus súbditos de dos diversas maneras, sea dictando directamente las órdenes que a sus súbditos van dirigidas, sea indirectamente sometiénolos a un orden jurídico diverso, pero sólo puede dictar una u otra norma respecto a ellos.

Si pues las situaciones jurídicas sólo pueden ser regidas a través del hombre y si para cada hombre no hay sino un derecho válido, su derecho nacional, al que se encuentra siempre vinculado primariamente, para cualquier problema en que sea necesaria una acción o una abstención de ese hombre habrá de recurrirse a su ley nacional, a la cual está vinculado primariamente, y resolver conforme a ella el problema, sea en su fondo, sea recurriendo al sistema de derecho al que esa ley nacional vincule secundariamente a su súbdito.

Los tribunales de un Estado cualquiera pueden, en virtud de su fuerza, aplicar al individuo un derecho extraño al suyo, es decir, juzgarlo conforme a reglas que para él no son derecho, siendo esto una falsa vincu-

lación, que al desprenderse de la idea científica antes expuesta viene a ser también injusta; la única solución justa es la que vincule siempre al individuo, primariamente, a la ley de su comunidad.

Sin embargo de lo expuesto anteriormente, Frankenstein admite la existencia de un principio antinómico: la soberanía territorial. Hasta ahora hemos visto cómo expone la exclusiva soberanía personal del Estado sobre sus propios súbditos, dondequiera que se encuentren y cualquiera que sea la relación jurídica en que intervengan. Frankenstein pretende resolver el conflicto que se plantea recurriendo también al mismo concepto de la formación del derecho. El Estado, dice, ha creado en su territorio instituciones cuyo funcionamiento sólo él puede regular. Todo el derecho público no se refiere en el fondo sino a estas instituciones públicas y a las relaciones de los particulares con las instituciones. Todo lo que en este sentido esté ligado por necesidad lógica al territorio será regido territorialmente, pero las relaciones entre los hombres, en cuanto "personas privadas", no forman jamás parte de ello. Sólo las instituciones establecidas por los hombres están ligadas territorialmente, así como una categoría del todo diferente: las cosas. Estas como objeto de derecho se distinguen del hombre. Están situadas en un lugar, tienen una situación fija en el espacio y están necesariamente sometidas al orden que rige en el lugar en que se encuentran, ya que el derecho sobre ellas es un *jus erga omnes*, que sólo puede ser protegido y conferido por el orden jurídico del lugar de situación de la cosa.

Visto así el problema, la solución final de Frankenstein, válida axiomáticamente para todo orden jurídico, puede resumirse en tres grandes reglas y una excepción de hecho.

1º Todo individuo debe regirse por su ley nacional, primariamente, o por la ley que, secundariamente, designe aquélla;

2º Las instituciones de derecho público y las relaciones del individuo con ellas deben regirse por la ley que creó dichas instituciones;

3º Las cosas deben regirse por la ley del lugar de su ubicación;

4º El derecho territorial puede, sin embargo, olvidar todas estas reglas y decidir el problema como quiera, sólo que siendo esta solución una solución arbitraria anticientífica y que vale por la fuerza del soberano que la impone, es una resolución que carece de importancia fuera del territorio, donde recuperan su poder dogmático los principios universalmente válidos formulados antes.

#### 49) *Estudio crítico de su tesis*

Puede observarse cómo Frankenstein resucita la tesis de Mancini y el método y hasta las conclusiones de Zitelmann, por medio de una cons-

trucción atractiva e ingeniosa, en la cual encontramos, sin duda, enseñanzas de inapreciable valor, pero que desgraciadamente no llevan a las consecuencias que como necesarias presenta este moderno tratadista.

Desde luego, en el estudio cognoscitivo del derecho internacional privado presenta un gravísimo inconveniente, reconocido por su mismo autor, y es su absoluta discrepancia con el derecho positivo. Aun suponiendo toda la elaboración de Frankenstein impecable, fundada y lógica, sin desconocer su mérito tendríamos que concluir que la excepción que él formula es lo único real de su doctrina y lo demás no pasaría de ser un buen deseo; pero el estudio del derecho no puede hacerse sobre esa base, es preciso efectivamente apreciar el valor filosófico de toda norma jurídica, pero para ello es evidentemente necesario conocerla, ver su obra en la vida real y juzgarla no a través de un cristal que nos impida verla, sino, por el contrario, viéndola y apreciando su efecto. El punto de apreciación que elige Frankenstein está fuera del universo; cada derecho debe regular la acción de los hombres, efectivamente no es sino la acción humana el contenido de la norma jurídica, pero para que el derecho tenga valor es preciso no sólo ordenar sino también sancionar y siguiendo la construcción de Frankenstein, cada Estado sólo tiene interés en que se cumpla con aquello que ha estimado bueno; lo que otras han estimado así le es indiferente; sólo podría el Estado sancionar sus propias normas y el derecho personal pasaría por una convicción individual que el Estado no tiene ningún interés en ver realizada y, sin embargo, tiene interés en que las normas que forman su propio derecho se cumplan. Frankenstein abandona el plano de la realidad, se olvida de la misión del Estado y se coloca en un plano superior desde el cual juzga la situación con bastante exactitud, pero se olvida de la realidad al proponer el remedio.

La doctrina de Frankenstein no debe, sin embargo, juzgarse sólo en este aspecto, que a pesar de su importancia, no es el único.

Hay en la tesis de este autor un esfuerzo de mérito inapreciable al tratar de resolver el problema teniendo en cuenta el principio básico de toda construcción jurídica: el concepto del derecho. La idea es indudablemente acertada, sin embargo, es en ella misma donde encontramos la herida mortal de esta ingeniosa doctrina.

Frankenstein plantea el problema de la obligatoriedad del derecho y resolviéndolo como hemos visto lo hace sigue con perfecta lógica toda su construcción, pero es precisamente el muro de apoyo, como él diría, el que es impotente para recibir la carga.

El derecho vale sólo en cuanto de un modo o de otro ha sido consentido por el sujeto; esta afirmación viene apoyada en dos conceptos, uno etimológico y otro sociológico y, aun dando valor al primer concepto, encontramos que técnicamente es insuficiente si no se respalda en una



idea diversa: el método exegético no era puramente etimológico y, sin embargo, ha sido universalmente sentenciado como inútil. Respecto al concepto sociológico e histórico que pretende fundar su idea primaria, históricamente está demostrado, y el mismo Frankenstein lo admite, que no es el juicio de cada uno el que forma el derecho, hay un criterio superior al cual se refiere cada uno y que viene expresado por el sacerdote, por el rey o por el jurista, según las épocas. Existe el aspecto de norma técnica del derecho que queda fuera de la elaboración colectiva.

En este punto encontramos que si no es el individuo el que por sí da autoridad al derecho, no puede alegarlo como *su derecho* si no es invocando el respeto a la soberanía personal de su Estado, cayendo entonces en un conflicto que sale de los límites del derecho internacional privado para pasar al campo del derecho internacional público, cuya existencia encontramos negada en esta doctrina.

Por otra parte, la doctrina de Frankenstein, no obstante su novedosa presentación, debe considerarse anacrónica en tanto que implica una regresión a los estadios inferiores de la evolución política. El derecho personal hemos visto puede concebirse sólo en aquellos casos en que el Estado no ha llegado a su completo desarrollo, cuando dentro de él existe una organización religiosa o militar, pero no puede concebirse este sistema en el Estado moderno cuyos elementos no son sólo los individuos sino también el territorio y las instituciones.

Frankenstein no llega, ni en esa forma, a la completa solución del problema; desde luego deja fuera de él todos los problemas jurídicos en que intervengan personas morales, que no pudiendo emitir juicios no pueden invocar su colaboración ni su sostén a tal o cual sistema de derecho y, por otra parte, las relaciones entre individuos, instituciones y cosas traerían como ineludible consecuencia una lucha semejante a la emprendida por los estatutarios del siglo XVIII, alejada de toda positividad y encaminada a ser otro obstáculo en la elaboración del derecho internacional privado.

50) *Teorías modernas sobre la libre legislación. Arminjon, Pacchioni y Roberto Ago. Exposición de sus respectivas tesis*

Fracasados los intentos de los grandes maestros Zitelmann, Pillet, Niboyet y Frankenstein para construir un derecho internacional privado universal, y siendo imposible fundarlo en normas superestatales, no siendo, por otra parte, indispensable para la correcta construcción teórica plantear el problema como una autolimitación legislativa debemos abandonar el intento por ahora imposible de obtener un derecho internacional privado único y concretarnos a seguir el camino rigurosamente positivo, con-

siderando en libertad al legislador de cada Estado para resolver los problemas de esta índole que dentro de su territorio hayan de resolver los tribunales.

Esta idea guía los trabajos de los más modernos escritores como son Pierre Wigny, Pierre Arminjon, G. Pacchioni y Roberto Ago, quienes de una o de otra manera llegan siempre a la misma conclusión apuntada, pero entre los cuales, sin embargo, existen divergencias en la manera de ver el problema y aun cuando tienen muchos puntos de contacto sus tesis deben verse con cierta independencia y juzgarse aisladamente.

Pierre Arminjon <sup>102</sup> define el derecho internacional privado como:

El conjunto de reglas de cada legislación (reglas de vinculación) que, en el caso en que por efecto de ciertas circunstancias, las legislaciones, las jurisdicciones, las autoridades por las cuales están regidas normalmente ciertas comunidades humanas que yo llamaré sistemas jurídicos, parecen simultáneamente aplicables o competentes, designan cuál de entre ellas es la que proporcionará las reglas positivas o de competencia que deben seguirse o cuya decisión será observada.

Así, para Arminjon el Estado puede, como en cualquier rama del derecho, dictar normas sobre la materia, siendo la única diferencia el objeto de esas normas que consiste en seleccionar entre los sistemas que parecen aplicables aquel que debe tenerse por competente en su facultad legislativa o jurisdiccional.

Giovanni Pacchioni <sup>103</sup> establece que el objeto del derecho internacional privado consiste en "dar adecuada disciplina substancial interna a las relaciones de carácter internacional, en cuanto por su naturaleza especial no pueden ser convenientemente disciplinadas por la ley interna de un determinado Estado", recurriendo para ello a la recepción de normas extranjeras por orden de la norma interna de recepción (*richiamo recettizio*).

Concepción análoga a la de Pacchioni encontramos en Roberto Ago, <sup>104</sup> quien viendo que para el legislador se presentan problemas diversos cuando se trata de fenómenos de la vida interna y cuando se trata de fenómenos de la vida internacional, admite que el legislador puede no tener en cuenta las características particulares de esta última categoría, lo que vendría a ser un obstáculo para el desarrollo del tráfico internacional. Las normas de derecho internacional privado tienen este objeto y lo realizan siguiendo un procedimiento indirecto, incorporando a su propio derecho la norma extranjera y dándole así eficacia jurídica.

<sup>102</sup> *Précis de Droit Int. Pr.*, Paris, 1927, tomo 1, p. 9 y ss. "L'objet et la méthode du droit international privé", *Recueil des Cours*, La Haya, 1928, 1, p. 433 y ss., en particular en esta última, pp. 441 y 442.

<sup>103</sup> *Elementi di diritto internazionale privato*, Padua, 1950, p. 115.

<sup>104</sup> *Teoria del Diritto Internazionale privato*, "Parte generale", núms. 13 y 15.

Pierre Wigny<sup>105</sup> se separa fundamentalmente de esta concepción, ya que viendo en el derecho extranjero una realidad capaz de crear en determinados casos “derechos adquiridos”, toma a su vez estos derechos como acontecimiento al cual el legislador de cada Estado agrega consecuencias jurídicas, dejando la enunciación de los “hechos primarios” a la ley que señala como competente la norma de derecho internacional privado.

### 51) *Apreciación crítica de ellas*

Estos autores coinciden en varios aspectos del problema: la necesidad puramente interna de regular aquellas situaciones jurídicas creadas por un derecho extraño; la necesidad de referirse por medio indirecto a la legislación extranjera; la “incorporación” o “recepción” de la norma extranjera en el derecho propio para dar una solución jurídicamente válida al fondo del problema.

Arminjon se distingue de los demás autores no sólo en la clasificación de sistemas jurídicos, a que hemos de referirnos en su oportunidad, sino en presentar las leyes aplicables como “en conflicto” lo que ha hecho que su tesis sea vista, en cierto modo, como una tendencia a la autolimitación.

Wigny presenta por su parte una forma diversa que no se ajusta a la realidad, puesto que no siempre encontramos la posición del problema en los términos que propone este autor. Hay casos en que se recurre a la aplicación de la ley extranjera no como creadora de una situación jurídica sino sólo para crear una situación nueva, totalmente independiente y la tesis de Wigny, dando por formada la relación primario bajo la ley de un soberano extranjero, nos llevaría a la admisión forzosa de esa ley en toda su integridad. Hemos de ver, posteriormente, cómo es preciso que el juez antes de “recibir” la ley extraña juzgue su aplicación y cómo puede aplicarla parcial o totalmente. Siguiendo la tesis de Wigny, la ley extraña tendría que aplicarse íntegramente en tanto se tenga en cuenta el “hecho” que por su virtud normativa se ha formado.

Respecto a la tesis de Pacchioni y de Ago, nos ha de ser de gran utilidad al estudiar la teoría general del derecho internacional privado, sólo marcamos desde ahora que no es sólo una necesidad práctica la que origina el problema, sino aun una necesidad de carácter puramente técnico que, a mi juicio, pasa inadvertida a estos autores.

La tesis de la incorporación presenta una posibilidad para la correcta resolución del problema, cuando menos en uno de sus aspectos, al hacer

<sup>105</sup> *Essai sur le droit international privé américain*, p. 186 y ss.

posible que el derecho extranjero venga a ser derecho para el juez. Nos volveremos a ocupar con todo detenimiento del examen de esta teoría y de la limitación de su eficacia técnica al plantear el problema de la aplicación de las leyes extrañas en la parte especial que a tal objeto destinaremos, ya que el análisis completo de tal teoría nos lleva fuera del límite que hemos marcado a esta parte de nuestro estudio.