

CAPÍTULO VII

LAS DOCTRINAS INTERNACIONALISTAS

27. *F. C. Savigny, lineamientos generales de su doctrina.* 28. *Apreciación crítica de sus postulados fundamentales.* 29. *Reelaboración de la doctrina de Savigny por Massé y por Von Bar.* 30. *Crítica de los nuevos elementos introducidos.* 31. *La doctrina de la escuela nacionalista italiana. Pasquale Mancini, caracteres fundamentales de su tesis.* 32. *Apreciación crítica de su doctrina.* 33. *Adopción en Francia de la doctrina nacionalista italiana. Laurent y Weiss, sus estudios en la materia.* 34. *Crítica de esta nueva manifestación.* 35. *La tendencia actual hacia la codificación internacional. Tesis de los defensores de la tendencia.* 36. *Apreciación crítica.*

27) *F. C. Savigny, lineamientos generales de su doctrina*

La tendencia hacia la codificación del derecho que mencionamos en el capítulo precedente tuvo en Alemania un entusiasta defensor en Thibaut, profesor de la Universidad de Heidelberg, quien en 1814 publicó un libro titulado *De la necesidad de un derecho civil general para Alemania*, en el cual sostenía la necesidad de unificar las diversas legislaciones vigentes en los distintos Estados alemanes, aduciendo en favor de su tesis, entre otras razones, los inconvenientes y conflictos producidos por la diversidad de leyes y de costumbres.

Federico Carlos Savigny,⁴⁶ profesor también en la Universidad de Heidelberg, se opuso a la idea de Thibaut en su opúsculo titulado: *De la vocación de nuestro tiempo para la legislación y para la jurisprudencia*, habiendo hecho su publicación en 1814 y dando en ella una formulación completa y sistemática a la Escuela Histórica. En esta primera y notabilísima publicación de Savigny no trata de su doctrina en relación al derecho internacional privado, sino sólo asienta los postulados filosóficos en que después ha de apoyarla.

Posteriormente publicó este renombrado autor sus obras tituladas *Sistema de derecho romano actual e Historia del derecho romano en la Edad Media*.⁴⁷

⁴⁶ 1779-1861. Profesor en las universidades de Heidelberg y de Berlín.

⁴⁷ El *Sistema de derecho romano actual* ha sido traducido al castellano por Mesta Poley, editado en Madrid, 1878 a 1879. La *Historia del Derecho Romano en la Edad Media* ha sido traducida al italiano por Bollati.

En el tomo octavo de su *Sistema de derecho romano actual* (publicado de 1840 a 1849) expone Savigny su doctrina sobre el derecho internacional privado. Después de desarrollar ampliamente su teoría sobre las fuentes del derecho y de un estudio calificado unánimemente como magistral sobre la relación jurídica, pasa a ocuparse en el problema relativo al “dominio de la norma de derecho sobre las respectivas relaciones en el tiempo y en el espacio”, formando un estrecho paralelismo entre ambos problemas, que por algún ilustre tratadista contemporáneo⁴⁸ ha sido tenido como “intencionado”.

Afirma el ilustre maestro alemán que, así como toda norma de derecho regula las relaciones jurídicas en un tiempo determinado, “que no es siempre el mismo”, también toda norma está destinada a dominar sobre cierto territorio “que no es siempre el mismo”, admitiendo así, *a priori*, con apoyo en los postulados fundamentales de la doctrina histórica, que las leyes pueden tener, además de un efecto territorial, efectos ultraterritoriales.

Partiendo de esta base, vuelve al estudio de la relación jurídica para afirmar que toda relación entre las personas o entre éstas y las cosas, sólo es jurídica en tanto está dominada por una norma jurídica, o en otros términos, en cuanto existe una norma jurídica que la gobierne; observando luego que, como el derecho varía de país a país, es preciso establecer cuál es la esfera de acción de cada norma de derecho cuando se encuentran en contacto varias normas de derecho.

Planteado así el problema, hace diversas consideraciones que le llevan a concluir que no hay razón para que los jueces de cada Estado apliquen exclusivamente su ley territorial, ya que esto equivale a negar y no a resolver el problema de derecho internacional privado, por lo cual se ve en la necesidad de desechar el principio de la territorialidad del derecho y va al extremo opuesto postulando la *no-territorialidad* de la ley y autorizando así a los jueces a buscar en el derecho de todos los países, que forma un derecho común emanado de la conciencia jurídica popular y formado por larga evolución bajo la influencia del cristianismo y del derecho romano, la ley más adecuada para regir la relación jurídica que se les propone. “Cada uno de los pueblos civilizados”, dice Savigny, “reconocerá, en principio, el derecho de los otros pueblos civilizados y, así en todos los Estados, serán admitidos el uno a cambio del otro, en condiciones de *absoluta paridad*, y como *eventualmente* aplicables, los sistemas jurídicos de todos los demás Estados, no pudiendo hablarse propiamente de la territorialidad del derecho, que consista en la obligación de los jueces de cada Estado de aplicar sólo la ley del mismo, sino que todos los sistemas, en

⁴⁸ Pacchioni, *Elementi di Diritto internazionale privato*, Padua, 1930, p. 23.

cierto modo, serán recibidos en cada Estado y el juez deberá, en cada caso, decidir entre ellos, considerándolos equivalentes o por así decir fungibles, a cuál debe recurrir".⁴⁹

Ya encauzada la solución del problema en estos términos, queda por saber qué criterio debe guiar al juez para la elección del sistema de derecho aplicable, criterio que, según Savigny corresponde exclusivamente a la ciencia del derecho, ya que consiste en establecer cuál será el sistema jurídico, de entre los varios que puedan tenerse en cuenta, que sea apto para regular la relación particular del modo más justo y conveniente. Savigny, para dar al concepto plasticidad, recurre en este punto a una imagen que le ha sido criticada duramente. Toda relación, dice, tiene o ha de considerarse que tiene SU SEDE en un determinado sistema de derecho. Se trata, en consecuencia, simplemente de determinar por medio de un examen cuidadoso la verdadera naturaleza de la relación o del grupo de relaciones que se juzgan, para fijar en qué sistema debe encontrarse la "sede jurídica" de cada una de las relaciones que se juzgan, encontrándose así la regla de derecho que *en general* debe aplicarse al caso particular.

No considera, sin embargo Savigny, que la regla así encontrada deba aplicarse siempre y de una manera necesaria, sino que aun cuando normalmente debiera serlo, esa aplicación no puede ser hecha en dos casos excepcionales:

a) Cuando la relación se halle dominada en el país del juez por una norma rigurosamente obligatoria (de *jus cogens*), el juez debe aplicar la ley territorial aun cuando pudiera aplicar la norma de la sede jurídica de la relación. Señala Savigny como ejemplo la poligamia, la indisolubilidad del matrimonio, etcétera.

b) Cuando la institución establecida por la norma de la sede jurídica sea desconocida o esté prohibida por las leyes del juez, no podrá aplicar la ley normalmente competente, sino la propia, señalando como ejemplos la muerte civil y la esclavitud.

Sobre estos dos principios, la comunidad de derecho y la sede jurídica de la relación, insiste Savigny particularmente y aun cuando propone determinadas soluciones concretas no lo hace en forma definitiva, sino simplemente "como una opinión", proponiendo por ejemplo como sede de las relaciones personales el sistema de derecho del domicilio; como sede de los derechos reales el sistema vigente en el lugar en que la cosa se encuentre; para las obligaciones, el sistema del lugar de cumplimiento; para las rela-

⁴⁹ Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, vol. VIII, p. 28. Esta idea de Savigny ha hecho pensar en que puede considerarse como antecedente de la teoría internista de la incorporación de la ley extranjera. Ver Pachioni, *op. cit.*, 2ª parte, cap. II.

ciones familiares, el del domicilio del padre o del marido; para las sucesiones, el del último domicilio del *de cujus*.

28) *Apreciación crítica de sus postulados fundamentales*

Así expuesta, aunque a grandes rasgos, la doctrina de Savigny, tiene un atractivo poderoso al presentar como su fundamento esencial la comunidad de derecho, postulado tras el cual ha tendido siempre la humanidad, pero aun cuando como sentimiento o como deseo pueda expresarse sin temor alguno, cuando se trata de fundar sobre él una teoría científica, tropezamos con una realidad distinta que precisamente por serlo nos hace desear la sociedad del género humano y su unidad jurídica.

La idea de la comunidad de derecho debió parecer a Savigny la reacción necesaria contra la abolición del derecho romano como derecho general verificada en 1806 y esto mismo y las resoluciones del Congreso de Viena en 1815 hacen que la idea de comunidad de derecho sea juzgada como anacrónica.

Sin embargo, sea como fuere apreciada, social o históricamente, la tesis de este jurista alemán, su apreciación científica debe preocuparnos particularmente y para hacer debidamente esta apreciación es necesario juzgar cada uno de los elementos que forman la doctrina.

La noción de la comunidad de derecho a que recurre Savigny como punto de partida para su doctrina, revela, indudablemente, que a este jurista no pasó inadvertida la naturaleza misma del problema, ya que como medio para que el problema pueda ser resuelto principia por hacer caber dentro del sistema de derecho, ante el cual el caso concreto se presenta, todas las normas en las cuales pueda encontrarse la competente para regir la relación jurídica que se juzgue; y aun cuando en esta afirmación parece dar en su misma doctrina apoyo a la tesis internista, en cuanto a que esa admisión se opera por un acto de voluntad, cuando menos implícita del Estado, se separa, sin embargo, de una manera total al admitir la incorporación permanente y en condición de paridad, afirmaciones de donde arranca todo el sentido propio de su doctrina.

Esta incorporación permanente de todos los sistemas jurídicos al sistema territorial en condiciones de paridad y formando entre todos la "comunidad jurídica internacional", adquiere en la teoría de Savigny el valor necesario para desechar el principio de la territorialidad de la ley, substituyéndolo como hemos expuesto por el principio de la no territorialidad. Es indudable que esta idea, con toda su carencia de realidad, no puede fundar la derogación del principio de la territorialidad de la ley, apoyada de una manera definitiva en la limitación territorial del Estado que tiene, como ineludible consecuencia, la limitación territorial de la validez de la

norma jurídica. No puede pensarse seriamente que en un Estado cualquiera tenga idéntico valor el derecho de ese Estado y el de los demás.

Savigny mismo admite esta disparidad de valor y la vigencia puramente territorial del derecho al establecer no sólo su segunda regla, en la cual supone que cada relación ha nacido forzosamente al amparo de la norma jurídica territorial, sino particularmente al presentar frente a su tesis general las dos grandes excepciones que señala y que son la más evidente demostración de la imposibilidad lógica y real de la comunidad de derecho.

Destruida la base científica de "la comunidad" en que Savigny apoya su tesis, ésta cae por su peso, pero aun es preciso observar que la regla señalada para la elección de la norma presente también graves defectos.

La "sede jurídica" propuesta por Savigny ha sido objeto de las más graves objeciones en cuanto parece dar una posición real en el espacio a la relación jurídica abstracta, pero aun considerando esta expresión del jurista alemán como simple medio para dar plasticidad a su idea y examinando ésta sin ver el término empleado para designarla, vemos que dista mucho de marcar la pauta para la correcta solución de los problemas, y simplemente sirve para probar su existencia, ya que encontrar cuál es la ley más adecuada para regir una solución es comprobar que existe el problema, pero no resolverlo. Mancini hace ver que puede darse con frecuencia el caso en que una relación o un conjunto de relaciones tengan su sede en diversos sistemas jurídicos cuyas conclusiones sean contradictorias, y encontrar cuáles son esas "sedes" nos lleva no a la solución del problema, sino a una mayor confusión.⁵⁰

Von Bar, discípulo y continuador de la obra de Savigny, hace ver que el procedimiento señalado por su maestro no sólo no orienta por su misma vaguedad e imprecisión, sino que parte de un postulado erróneo al suponer que siempre un fenómeno jurídico está relacionado a un único sistema de derecho.

Por último, es indispensable observar que las dos excepciones propuestas que vamos a encontrar posteriormente refundidas bajo la designación genérica de "orden público tienen tal alcance que pudieran considerarse dentro de esta teoría como reglas generales y no como excepciones, constituyendo su delimitación otro problema adicional a los creados para la fijación de la ley competente.

No obstante estas objeciones, la tesis de Savigny tuvo gran aceptación, aun cuando, como veremos a continuación, siendo objeto de nuevas elaboraciones, pero continuando en sus lineamientos principales, debió el éxito alcanzado, más que al mérito escaso de la doctrina, a su aspecto científico en contraste con el puramente empírico de la doctrina estatutaria, frente a la cual presentaba un aspecto filosófico superior en su fun-

⁵⁰ *De l'utilité de rendre obligatoires les regles de D.I.P.*, Clunet, 1874, p. 287.

damentación y en su aspecto y prometía soluciones diversas a las siempre contradictorias propuestas por los estatutarios. Su fundamento, la comunidad jurídica, revela la tendencia de todas las épocas y, consecuentemente, ciega el buen deseo al buen juicio y hace que sea tenida la tendencia por realidad. Si a estos elementos agregamos el enorme y justo prestigio del sabio que con su nombre suscribió esa tesis, podemos darnos cuenta de la fuerza que en el ánimo de los juristas de la época, y aun de los de épocas posteriores, pudo tener y tiene de hecho hasta hoy esta doctrina.

29) *Reelaboración de la doctrina de Savigny por Massé y por Von Bar*

La doctrina internacionalista postulada por Savigny, apoyada en la comunidad jurídica emanada de la conciencia popular, da al derecho internacional privado un carácter positivo universal, no obstante su vaguedad y falta de solidez científica; pero esta doctrina viene a tener resueltamente este carácter al ser elaborada nuevamente por los primeros discípulos del jurista alemán, poniendo a la tesis antes mencionada aristas firmes y profundizando cuidadosamente su contenido.

De entre los primeros juristas discípulos de Savigny en nuestra materia hay dos que pueden considerarse exponentes de esta fase de la doctrina internacionalista, y son sus obras de grande influencia en la segunda mitad del siglo XIX y aun en el actual. Estos dos juristas son Massé y Luis Von Bar, quienes en sus estudios parten, como Savigny, de la existencia de un derecho común superior al Estado como medio para fundar la aplicación "extraterritorial de la ley", aun cuando apoyando este derecho superior de diversa manera, y al determinar la ley aplicable, como Savigny, buscan la ley "naturalmente" competente para regular al fenómeno jurídico de que se trata.

Massé⁵¹ es considerado como uno de los autores de mayor influencia en la tendencia jusnaturalista del derecho internacional privado, ya que, sin desconocer la validez que, en el caso puedan tener las normas de derecho interno, sostiene que en la interpretación de estas disposiciones, para llenar las lagunas que dejen y para regular aquellas relaciones no previstas, es necesario recurrir a los *principios supremos de razón, equidad y justicia*, afirmando que tales principios son *obligatorios para todos los Estados* y para sus jueces, por el solo hecho de no existir disposición positiva en concreto que proponga una solución distinta. Así, para Massé las normas positivas del derecho interno que previenen la aplicación de una norma extranjera no tienen valor sino como consagración de un derecho natural

⁵¹ *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit de gens et le droit civil*, Paris 1861, 2 vols.

superior y anterior al Estado, o como excepciones hechas valer por la fuerza al mismo derecho común superior. Las soluciones particulares al mismo derecho común superior. Las soluciones particulares deben buscarse consecuentemente en el mismo principio general que apoya la extraterritorialidad, es decir, en la "naturaleza de las cosas", a lo cual por regla general, según afirma, se conforman las leyes de todas las naciones.

Carlos Brocher⁵² también sigue esta idea, agregando que al resolver los problemas de derecho internacional privado, más que un acto de soberanía independiente, el Estado realiza un deber común impuesto por la naturaleza de la vida, siendo en consecuencia preciso para el Estado "respetar los derechos adquiridos", fijando la esfera de las respectivas competencias legislativas atendiendo "a la naturaleza de las cosas".

Mucho más importante, por su mayor valor y sus afirmaciones categóricas, es la obra de Luis Von Bar,⁵³ cuya importancia y mérito no pueden ser determinadas fácilmente, puesto que, independientemente de la apreciación que se haga de los fundamentos de su tesis, debe tenerse su estudio como fundamental en la materia.

Von Bar afirma rotundamente que el derecho internacional privado no es un derecho interno sino propiamente internacional o superestatal.

Dice este autor que "la norma de derecho internacional privado determina la competencia legislativa de cada Estado para regular las relaciones jurídicas entre particulares", y en vista de la importancia de esta determinación puede continuar afirmando que "el derecho internacional privado determina la competencia de la legislación y de los órganos (tribunales y órganos administrativos) de cada Estado en cuanto a las relaciones jurídicas privadas".

Para fundar esta afirmación toma una postura semejante a la de Savigny y a la de Massé, derivando las normas de derecho internacional privado *de un derecho superior*, propiamente internacional, ya que es imposible hacer depender el derecho internacional privado de la voluntad de un solo Estado, puesto que ninguno puede afirmar la competencia de su sistema legislativo con independencia de los demás Estados.

Que cada Estado puede legislar según su criterio debe ciertamente admitirse, en general, pero los efectos de la ley que están en relación con países extraños *son determinados por la naturaleza de la materia regulada*, esto es, por las exigencias de las relaciones internacionales y por el respeto debido a la soberanía de los demás Estados.⁵⁴

⁵² Citado por A. S. de Bustamante, *Derecho Internacional Privado*, Habana, 1928, tomo I, p. 123.

⁵³ *Theorie und praxis des internationalen Privatrecht* (2ª ed.) Hannover, 1889, 2 vols. Traducido el primer tomo al italiano por Buzzati, Turín, 1915.

⁵⁴ Los párrafos transcritos fueron tomados de Pachioni, *op. cit.*, p. 36.

Von Bar no desconoce la existencia, o cuando menos la posible existencia, de normas internas de derecho internacional privado y mirando el nuevo problema que su tesis presenta por lo que hace a la posición de la norma interna frente a la norma internacional afirma que *aquellas* deben conformarse a *éstas*; aun cuando teniendo en cuenta la posición del juez dice que el juez debe atenerse a la norma interna cuando esté en contraposición con la norma internacional, sin que por esto prescinda del mayor valor de la norma internacional considerando que el error de un legislador no puede impedir que exista una regla contraria en derecho internacional, aun cuando sea violada, ya que “a la postre, por la presión de la convicción general en relación a esa materia y por la fuerza de las relaciones comerciales, llevarán a la ruina la norma equivocada y lograrán determinar su abrogación”.

Observa, además, que las normas internas de derecho internacional privado, siendo pocas y defectuosas, “dejan libre el campo a la teoría general” y afirma que como consecuencia de principios antes asentados las normas internas deben conformarse a las reglas internacionales.

Después de afirmar la necesidad de un orden jurídico superior en el orden técnico, emprende Von Bar la demostración de que tal orden superior *existe en la realidad*, fundándose, cuando menos, en gran parte sobre el *consentimiento común* de todos los Estados civilizados y de un *sistema de derecho consuetudinario* de todo el género humano, que los jueces de todos los Estados deben aplicar. A la objeción formulada, haciendo valer que la costumbre universal es inconcebible en tanto que la costumbre sólo opera en cada Estado, responde que la costumbre no deriva su fuerza obligatoria de la voluntad del Estado, el que puede dentro de su territorio hacer lo que estime conveniente, pudiendo privar de valor la costumbre universal, lo que no significa que ésta no exista.

No sólo en estos autores encontramos reproducida y aumentada la tesis de Savigny pudiendo, en efecto, citarse otros cuya importancia no alcanza, sin embargo, la de los ya citados, pues que continúan la obra de éstos: así podemos citar a Böhm, a Despagnet, a Valery y a Diena y aun en cierto sentido a Pillet, en cuya tesis hemos de ocuparnos brevemente en otro capítulo.

30) *Crítica de los nuevos elementos introducidos*

Para apreciar debidamente la obra de Massé, de Brocher y de Von Bar, es necesario establecer en primer término los puntos de semejanza que las tesis de estos juristas presentan entre sí y con la doctrina de Savigny, para después juzgar separadamente los nuevos elementos que ellos aportan a la elaboración doctrinal.

Desde luego puede observarse que estos autores y Savigny tienen de común la aceptación de un derecho superior al Estado y común a todos los Estados, capaz de justificar la extraterritorialidad de la ley como punto de partida para la solución de sus problemas. No debe desviar nuestra atención el que Von Bar haga referencia al "derecho internacional público" y Massé al "derecho natural", ya que a partir de Grocio se considera el derecho internacional público como esencia del derecho natural.

Así pues, todos estos autores tienen el mismo punto de partida, aun cuando lo justifican de manera diversa a la empleada por Savigny.

Von Bar se aproxima enormemente a su maestro al dar importancia definitiva a "la costumbre internacional" como origen del derecho superior en forma análoga a la propuesta por Savigny, sólo que el discípulo agrega nuevos elementos al hablar del respeto a las soberanías y de la necesidad de convivencia, en lo que también difiere de Massé y de Brocher, que buscan el fundamento del derecho superior en el derecho natural.

Debe observarse, igualmente, que tanto Savigny como sus discípulos buscan la solución de los problemas particulares en forma racional, recurriendo Savigny a la sede jurídica; Massé y Brocher, a la naturaleza de la relación y Von Bar, a la convicción general sobre la justicia y equidad. En todos sus aspectos estas nuevas orientaciones encuentran al practicarse la misma idea de Savigny la apreciación racional del sistema de derecho competente.

Sólo en apariencia el planteamiento del problema de determinación tiene caracteres diferenciales, pues que en tanto que de acuerdo con la doctrina de Savigny el juez debe hacer la elaboración científica para la fijación de la norma competente, en las tesis de sus sucesores parece que esta fijación debe encontrarse ya realizada en el derecho superior y puede haberse reflejado en la legislación interna; pero en el fondo, el juez tendrá, tanto de acuerdo con el maestro como con los discípulos, la necesidad de investigar científica y racionalmente para la elección de la norma aplicable, ya que es al juez a quien toca escudriñar en el derecho superior o en la ciencia del derecho la justicia, equidad o utilidad de la aplicación de una norma o de otra.

Encontramos igualmente, con la misma aparente distinción en la labor del juez, las reglas de excepción señaladas por Savigny a sus postulados generales, aun cuando encontramos ya la tendencia expresada casi simultáneamente en la doctrina nacionalista de agrupar estas excepciones bajo la designación multiforme e incomprensible de "orden público".

Debe, no obstante, notarse una diferencia substancial entre estas doctrinas y a la cual no se ha dado, que yo sepa, todo el valor que merece.

En tanto que Savigny, para resolver el problema, principia por concebir que en cada Estado se admitan los sistemas de derecho de otros Estados,

haciendo así “propia” del Estado la norma aplicable por medio de una anexión global de todos los derechos eventualmente competentes, para sus discípulos el problema se plantea en forma diversa: existe un derecho superior que o da efecto extraterritorial a determinadas leyes (Massé) o impone al Estado que juzga la aplicación de determinada ley extranjera (Von Bar), limitando la soberanía del mismo Estado sujeto a la regla.

Son precisamente estas nuevas formas de planteamiento del problema y la fundamentación del derecho universal las más hondamente arraigadas en la tendencia internacionalista y, aun cuando debamos hacer de ellas una valoración amplia al tratar de la naturaleza del problema y del sentido y de las fuentes de la norma que lo resuelve, es preciso ocuparnos en su crítica, aunque sea brevemente, tratando después el nuevo problema hecho resaltar por Von Bar, aunque admitido ya por Massé y por Savigny, relativo a la relación entre la norma interna y la internacional.

El fundamento atribuido por Massé y por Brocher al derecho superior, causa de la extraterritorialidad, es encontrado por ellos en el derecho natural y en los principios básicos y universales de justicia, razón y equidad. Es difícil saber a cuál de las diversas teorías de derecho natural pretenden éstos referirse, pero debemos advertir que de acuerdo con los defensores del derecho natural sólo “los primeros principios son absolutos y universales. . . , las conclusiones pueden perder universalidad, al tenor de la mutabilidad y variedad de las circunstancias”, de tal manera que aun aceptando como normas obligatorias las reglas de derecho natural, éstas sólo serían uniformes en sus primeros principios, y ya las reglas particulares de conflicto, habríamos de colocarlas, en caso de encontrarlas en el derecho natural, en esa parte que Santo Tomás dice que es *difformis et mutabilis* y, de seguir la idea de Francisco Suárez, estas modificaciones se experimentan no por modificación de los principios primarios, sino por la mutación de la materia social a que se aplican.

La unidad que pretenden Massé y Brocher desaparece si tratan de buscarla en los preceptos del derecho natural, pero la fundamentación jusnaturalista del derecho internacional privado se esfuma si pensamos en que las normas de ese derecho no dan solución final al caso propuesto, sino que sólo señalan la manera cómo puede ser normalmente posible resolver un problema. Así, fijar como norma aplicable al estado personal la ley nacional del individuo es sólo un medio para llegar a una solución que ignoramos si es contraria al derecho natural (poliandria, por ejemplo). A nuestro juicio, dentro del concepto clásico del derecho natural debe afirmarse terminantemente que las normas de derecho internacional privado no quedan dentro del derecho natural preceptivo, sino dentro del “dominativo”; es decir, cualquier regla puede ser igualmente lícita y su elección queda dentro del libre dominio de los hombres, de tal modo que aun

suponiendo que pudiera colocarse el derecho natural como fuente uniforme del derecho internacional privado, encontraríamos que tal derecho deja los medios de solución a la libre elección humana.

Ahora, si dejando a un lado el derecho natural clásico, buscamos sus postulados en Grocio, no obstante el actual descrédito de su teoría, encontramos consagrada la absoluta autonomía del Estado en cuanto no exista pacto o convención que es indudable no existe en este caso, siendo en consecuencia la fundamentación pretendida tan distante de la realidad como la misma comunidad hipotética presentada por Savigny.

Podría fundarse en el derecho natural una proposición general de un tipo amplio: cada Estado debe resolver las situaciones nacidas bajo las leyes de otro Estado de una manera justa, razonable y equitativa, pero afirmar este principio no significa sino admitir la necesidad de normas de derecho internacional privado, sin fijar ni su razón de ser, ni mucho menos su sentido.

Así podemos decir que el derecho natural es insuficiente e inútil para servir de base a un sistema doctrinal de derecho internacional privado.

Von Bar da otro aspecto a su postulado fundamental, aun cuando como hemos visto va orientado también en un sentido jusnaturalista, separándose de Massé en cuanto se apoya directamente en el respeto a la soberanía.

De este respeto a la soberanía de los Estados parte Von Bar para establecer que la facultad autónoma legislativa tiene una limitación infranqueable en cuanto el uso de esa facultad viene a relacionarse con la facultad idéntica de otro Estado.

Es pues el respeto a la soberanía la primera base de su tesis y siendo lógicos debíamos concluir que ese respeto viene precisamente a demostrar la tesis contraria a la propuesta por Von Bar, ya que respetando la soberanía de cada Estado no puede ni debe imponérsele la aceptación de leyes extrañas, ya que esto implica precisamente violación a la soberanía.

El derecho internacional público no puede, en efecto, fundar la imposición de normas indirectas como son las que resuelven los conflictos de leyes. Cada Estado *puede* dictar en esta materia todas las disposiciones que estime necesarias o convenientes. Von Bar lo admite y al admitirlo denuncia la inutilidad de su tesis. Él afirma que existiendo normas internas los jueces deben atenerse a ellas, luego, si esas normas internas son contrarias al derecho superior, éste es inútil y si son idénticas tendrán esta identidad como consecuencia de la voluntad autónoma del Estado que las dicta y el derecho superior también es inútil. Si hay muchas normas idénticas sólo podemos afirmar el hecho mismo de su identidad, pero no su derivación del derecho superior.

Si a esto agregamos la formación consuetudinaria del derecho superior,

por obra de la conciencia jurídica del género humano, encontramos una idea puramente especulativa, ya que según demostración de Sumner Maine en su obra *Ancient Law* la costumbre no constituye la primera fuente del derecho y esta costumbre que pudiera crear el derecho de un solo Estado, de manera rudimentaria, no puede concebirse creadora de normas cuya técnica pasa la mayoría de las veces inadvertida a los mismos juristas.

Puede hablarse de una ciencia universal del derecho, pero nunca de un derecho universal, como algo realmente existente.

Así la fundamentación a que recurre Von Bar es insuficiente en vista del respeto que se debe a la soberanía del Estado del que depende el juez es inútil en vista del mayor valor de la norma interna y del ningún valor de la norma internacional aceptada y en su formación es irreal.

Hay aún algo que, como advertimos, es de gran importancia juzgar oportunamente y es la forma como el problema se plantea.

Massé y Brocher hablan de "extraterritorialidad natural de la ley", idea que hemos juzgado ya al referirnos a la escuela estatutaria francesa como imposible científicamente, pero Von Bar plantea el problema como delimitación de la competencia de los Estados en las relaciones privadas, pretendiendo imponer esa limitación por el respeto a las soberanías y juzgándola como único medio de solución. Parece ser que, de acuerdo con su doctrina, una norma extranjera tendría eficacia normativa en un Estado al ser llamada como competente para regir una situación, llamado que deriva de un postulado teórico y de un derecho superior. La norma es transplantada con toda su fuerza del sistema a que pertenece a un sistema extraño por la virtud supuesta del derecho superestatal. Hemos visto que esto implica una violación a la soberanía del Estado en que esa norma pretende aplicarse, pero además hemos de advertir que independientemente de la conveniencia o del concepto de derecho que prive en el Estado obligado (?) a recibir la norma, ésta carece de fuerza normativa para el juez de cada Estado, obligado sólo a aplicar el derecho o si se quiere hasta a crearlo, pero libremente, sin ninguna imposición extraña. La norma extranjera trasplantada así viene al sistema obligado a recibirla como un hecho de un legislador extraño, pero para ser dotada de validez normativa se requiere precisamente que el soberano la provea de esa fuerza para hacer que el juez la aplique.

El problema como fue planteado por los Estatutarios italianos, derivando la fuerza normativa de la ley fuera de su territorio normal en la existencia de un derecho interno Superior, o como lo expone Savigny: incorporando todo el sistema a que la norma pertenece al sistema del Estado que la aplica, tiene efectivamente sentido científico; pero la trasplantación de una regla con eficacia normativa de un Estado a otro, en virtud de su propia esencia o de un derecho superior, llámese natural o internacio-

nal, no tiene sentido, ya que la eficacia normativa de la ley depende exclusivamente de la voluntad del soberano.

Von Bar, con su tesis, motiva toda la serie de estudios posteriores sobre la limitación de la eficacia normativa del derecho y sobre la manera como ha de plantearse para ser resuelto correctamente, lo que ha causado un adelanto considerable en la teoría del derecho internacional privado, no obstante la errónea posición adoptada por Von Bar.

Si a esto agregamos el nuevo problema que crea su tesis, relativo a la delimitación de validez entre las normas internas y las externas y que no puede resolverse con la sencillez que este autor pretende, podemos afirmar que su doctrina no es científicamente correcta ni contribuye a la más sencilla solución de los problemas en que se ocupa.

31) *La doctrina de la escuela nacionalista italiana. Pasquale Mancini, caracteres fundamentales de su tesis*

Casi simultáneamente con las doctrinas de Massé y de Von Bar y cuando apenas la teoría de Savigny empieza a producir su brillante influencia en Europa, con el mismo apoyo en la no territorialidad de la ley postulada por este jurista alemán se inicia una nueva doctrina que huyendo de la calificación de anacrónica y romántica dada a la comunidad internacional viene a presentarse como una doctrina de palpitante actualidad, en su época, al trasplantar del terreno social y político al jurídico el postulado de mayor trascendencia en el siglo XIX pretendiendo fundar, en particular, el derecho internacional privado sobre el principio nacionalista.

Pasquale Stanislao Mancini,⁵⁵ ferviente partidario del nacionalismo, es llamado por el gobierno de Piamonte para dirigir el curso de derecho internacional en la Universidad de Turín, en 1851, dos años después de la batalla de Novara, en la que el ejército piamontés defendiera brillantemente con las armas el principio nacionalista. Al iniciar su curso el nuevo maestro propone el mismo principio, no ya como ideal político, sino como fundamento jurídico, de todo el derecho internacional.

En ese mismo año de 1851 Mancini publica su obra titulada *Della Nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, proponiendo como postulado fundamental la unificación del Estado y la Nación y la sustitución de Estado por Nación como sujeto del derecho internacional. Esta obra, que para el derecho internacional público tiene una enorme trascendencia, sólo anuncia la nueva doctrina de este autor en cuanto a los problemas de derecho privado, doctrina que es expuesta y elaborada

⁵⁵ Nacido el 17 de marzo de 1817, fue uno de los más fervientes promotores del resurgimiento italiano. Ministro de instrucción en 1862 y de Gracia y Justicia de 1876 a 1878 y de 1881 a 1885.

hasta veinte años después, en 1874, en la relación formulada por Mancini al Instituto de Derecho Internacional.

Es de esta relación de donde debe arrancar la exposición que se haga de la doctrina nacionalista italiana que procuraremos resumir a continuación.⁵⁶

Mancini observa que el orden jurídico nace de la armonización del derecho del Estado y del derecho del individuo, armonía que se verifica cuando el Estado limita, en los términos posibles, su acción frente a la acción legítima del individuo. Así encuentra Mancini la existencia de aspectos totalmente diversos en el derecho en general: el primero relativo a la soberanía del Estado y encaminado a proteger los intereses sociales y el segundo relativo a los intereses privados.

Todavía analizando el derecho privado nota en él dos clases distintas de normas: unas rigurosamente obligatorias para los individuos y establecidas por encima de la voluntad de ellos, designando este grupo como derecho privado necesario, y las otras son aquellas normas que los individuos pueden modificar voluntariamente en sus relaciones privadas, estas normas las agrupa bajo la designación genérica de derecho privado voluntario.

El derecho privado necesario está formado por todas las normas que el Estado dicta para regular el estado y la capacidad de sus nacionales, teniendo en cuenta todos y cada uno de los elementos de la nacionalidad, el clima, la raza, la religión, la lengua, la tradición, etcétera, es decir, todos los factores naturales y sociales en que se funda el concepto de nacionalidad, factores que dan a cada nación su individualidad frente a las demás naciones y a los individuos características especiales, que son precisamente las que el legislador toma en cuenta para dictar las normas que se agrupan en esta categoría.

El derecho privado voluntario se forma de todas aquellas disposiciones que no tienen un valor absoluto, sino que pueden ser derogadas por la libre voluntad de los individuos, comprendiendo en esta categoría todas las leyes relativas a obligaciones convencionales, en las que los individuos pueden libremente elegir la ley que más acomode a los intereses privados en los que sólo ellos tienen relación jurídica.

Presentando así el esquema del derecho, afirma Mancini la necesaria territorialidad del derecho relativo a la soberanía, ya que afectando directamente al Estado no puede éste prescindir de su aplicación forzosa.

Por el contrario, en cuanto a las normas de derecho privado, estando acordes todos los Estados modernos en el respeto que se debe a la libertad del individuo y en la protección que merecen los intereses privados, *nada*

⁵⁶ Para una exposición completa de la doctrina, ver Castellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 1883-1888.

obsta para que cada Estado aplique en su propio territorio el derecho que se clasifica como "derecho privado" proveniente de otras soberanías.

Si a esto agregamos que el derecho privado necesario se refiere exclusivamente a los nacionales de un país y tiene en consideración características sociológicas sólo propias de los componentes de cada nación, encontramos la necesidad de que cada individuo se rija por su ley nacional, única adecuada, en dondequiera que se encuentre, y así cada Estado aplicará a los individuos su respectiva ley nacional en todas las relaciones jurídicas reguladas por el derecho privado necesario, en cuanto no se afecte el "orden público" que interesa directamente a la soberanía. Cada Estado tendrá así su propio derecho nacional, que por regla general debe ser respetado y aplicado por los tribunales extranjeros cuando se trate de relaciones de derecho privado necesario que afecten a los nacionales de ese Estado y en tanto no afecten a la soberanía del Estado al que el juez pertenece.

Por lo que hace al derecho privado voluntario, siendo las partes libres para escoger el derecho al cual ajustan sus relaciones privadas, los tribunales deben respetar esta libre elección, expresa o presunta, y aplicar la ley escogida por los individuos, exceptuando igualmente aquellos casos en que la aplicación de la ley elegida por los particulares afecte a la soberanía del Estado del juez.

Así podemos resumir la doctrina nacionalista italiana, tal como fuera propuesta por Mancini en la breve fórmula en que la encierra Arrigo Cavaglieri:

El Estado debe reconocer el derecho privado del extranjero, si se trata de derecho privado necesario, conforme a su ley nacional, y conforme a la voluntad manifestada por el individuo si se trata de derecho privado voluntario. Debe, por el contrario, rehusar toda aplicación al derecho extranjero cuando esté en contraposición con el derecho público o el orden público territoriales.⁵⁷

32) *Apreciación crítica de su doctrina*

Podría dudarse si la doctrina de Mancini ha de colocarse en el campo de la tendencia internista o en el de la tendencia internacionalista, pues que parece tener como pretensión exclusiva guiar al legislador sobre la manera como ha de dictar las normas internas relativas a la aplicación de leyes extranjeras, ya que a diferencia de las teorías internacionalistas, particularmente de la tesis de Von Bar, no habla Mancini de derecho superior alguno, sino de simples principios generales cuya validez pre-

⁵⁷ *Lezioni di diritto Internazionale Privato*, p. 40.

tende sea general. Confirma esta idea la adopción de la doctrina italiana en el Código Civil de Italia a propuesta del mismo autor de la doctrina, y entendida así, aun cuando no presenta los inconvenientes que veremos pueden señalársele como teoría internacionalista, tiene, sin embargo, otros aspectos criticables que hacen imposible e inadecuada su aceptación técnica.

Por el contrario, parece ser una doctrina de tendencia internacional en sus puntos de semejanza con la teoría de Savigny. Como este jurista alemán, Mancini parte de la idea de la no territorialidad de la ley, si bien restringiéndola al campo del derecho privado, y aun con esta restricción no escapa a la crítica hecha a la doctrina de Savigny: las leyes, por la naturaleza del Estado, tienen forzosamente validez normativa limitada por los mismos límites territoriales del Estado. El territorio es, efectiva y realmente, el campo de acción del soberano, sin que pueda justificarse la no territorialidad, ni siquiera del derecho privado necesario, por la identificación que hace Mancini de las ideas de nación y de Estado. Si efectivamente la población del mundo estuviera agrupada exclusivamente por vínculos sociológicos, si la nación *no debiera ser* Estado, como el mismo Mancini postula, sino que siendo nación sociológica hubiera llegado a su forma perfecta, entonces encontraríamos aceptable la no territorialidad de la ley como fenómeno necesario cuya realización encontramos verificada en todos aquellos casos en que encontramos sistemas jurídicos aplicables sólo a las personas (ver antes capítulo II). Pero según la misma tesis política del nacionalismo, la nación debe ser Estado, y al dejar de ser sólo una agrupación sociológica para devenir agrupación jurídica, pierde esa característica del sistema jurídico personal al tener territorio propio cuyas fronteras marcan no sólo el espacio geográfico habitado por los nacionales, sino también el límite espacial de validez de su orden jurídico.

Por lo tanto, la no territorialidad de la ley no puede justificarse ni por la comunidad jurídica explicada históricamente por Savigny, ni por el nacionalismo de la Escuela italiana, ni siquiera aceptando como definitivamente realizado su postulado fundamental sobre la necesidad de que la nación llegue siempre a ser Estado.

Tiene también aspecto de teoría internacional, en cuanto para fundar la realidad de su doctrina recurre Mancini como Savigny a un "acuerdo tácito", reduciendo el jurista italiano el alcance de la tesis de la comunidad en cuanto a que si para Savigny el acuerdo tácito abarca todo el derecho de todos los Estados, para Mancini abarca sólo el respeto a la libertad y a los intereses privados, estableciendo así una delimitación teórica imposible entre el alcance de los efectos de este supuesto acuerdo, que

por el solo hecho de ser hipotético debe rechazarse como fundamento científico de la doctrina.

Observada así la doctrina de Mancini se presenta como una nueva elaboración de la de Savigny, reduciendo sus límites y fijando con mucha mayor precisión la manera de encontrar la norma aplicable, ya que en tanto que el jurista alemán deja la fijación de esa norma a una investigación científica cuyos peligros hemos dejado marcados, Mancini concreta el problema apoyándolo en la ley nacional o en la voluntad particular.

Considerando, pues, la tesis de la Escuela italiana como de tendencia internacionalista, merece las mismas observaciones que anteriormente hicimos a la doctrina de Savigny y considerada en general, prescindiendo de su tendencia, debe observarse que es inaceptable por las consideraciones siguientes:

1º Todo el fundamento de esta doctrina tiene su origen en la división del derecho, según que se refiera a la soberanía, al derecho privado necesario o al derecho privado voluntario.

La división, como toda división que pretenda hacerse del derecho, a no ser con objeto didáctico, carece de todo fundamento. El derecho es siempre uno, como quiera que se le considere, y es imposible pretender que sólo una parte de sus normas afecten a la soberanía, cuando en realidad todas ellas la afectan, puesto que precisamente son normas que regulan la actividad humana y su correcta regulación es el objeto primordial, si no la razón de ser de la existencia de esa soberanía.

No puede hacerse en teoría esa división que pretende Mancini, ni mucho menos llevarse a cabo con la nitidez que requiere la solución de los problemas particulares, ya que encontraremos siempre contestadas de manera diversa las preguntas esenciales en relación a los límites de cada una de esas tres ramas del derecho. ¿Qué es el orden público y cuál es su alcance? ¿Hasta dónde llega la libertad individual en materia de contratación? ¿Cuándo una norma de derecho privado necesario es de orden público?, y ¿cuándo el derecho privado no es renunciable? A estas preguntas sólo podemos responder científicamente destruyendo la tesis de Mancini, ya que en todo el derecho está interesado el orden público, las partes sólo pueden renunciar aquellas disposiciones que les permite la ley renunciar, las normas "privadas" no renunciables son de orden público y el derecho necesario es igualmente de orden público. Luego la tesis de Mancini puede reducirse a esta proposición: El orden público regulado por todo el derecho es indispensable que sea respetado, siendo en consecuencia territorial todo el derecho. Sólo el Estado puede fijar casuística o genéricamente los límites del orden público, y así toda la construcción de Mancini desaparece.

2º La tesis de Mancini presupone la aceptación y realización de principios fijados *a priori* como son:

a) La identificación de Estado y nación, que si bien es cierto que es una realidad en determinados sistemas no existe en otros en que el sistema legislativo abarca varias naciones o en una misma nación en que existen varios sistemas de derecho y en estos casos la construcción de la teoría italiana toma el aspecto de simple deseo como la teoría de Savigny, alejándose de la realidad.

b) El fundamento de la legislación, en cuanto a derecho privado necesario, en los caracteres específicos de una nación y de sus nacionales, principio que tampoco está de acuerdo con la verdad. Las legislaciones de todo el mundo civilizado, en esta materia, son de una asombrosa semejanza y las características de los pueblos de cada Estado van perdiéndose poco a poco, de manera que ni en la época de Mancini ni mucho antes pudo legislarse teniendo sólo en cuenta caracteres sociológicos peculiares; es posible que en la antigüedad bajo el régimen teocrático y durante el absoluto aislamiento de los pueblos, fuera aceptable esta legislación mirando a los caracteres exclusivos de ellos, pero en la edad moderna no puede afirmarse que exista esta diversidad, entre los pueblos de los países civilizados, como tratan de demostrarlo, con gran acopio de datos, el mismo Savigny y sus seguidores. No existiendo esas características distintas de cada nación, ni pudiendo legislarse teniéndolas en cuenta exclusivamente, la tesis nacionalista carece de realidad, como la de Savigny, por estar tanto un extremo como el otro totalmente desviados de la realidad.

c) Por último, en cuanto hace al derecho privado voluntario, Mancini parte de la base de que las partes son libres para elegir la ley que les plazca cuando contratan en relación a sus intereses privados, siendo esta afirmación la que motiva su conclusión respecto a esta parte del derecho privado. Es preciso observar que no queda resuelto el problema, pues falta indagar de acuerdo con cuál ley ha de considerarse si el contrato existe jurídicamente, es decir, si tiene el carácter de tal y fuerza bastante; si las partes pueden o no y de acuerdo con qué ley escoger la que rija sus relaciones privadas; el momento de colisión entre las leyes de orden público territorial y los intereses privados y el momento de choque entre el derecho voluntario y el necesario. Todos estos problemas, que son los esenciales en cuanto a obligaciones convencionales, quedan al margen de la teoría italiana.

33) *Adopción en Francia de la doctrina nacionalista italiana. Laurent y Weiss, sus estudios en la materia*

No obstante sus errores ha tenido éxito, debido a su postulado político fundamental que hace de esta doctrina no una teoría científica sino una tesis popular, según nota un tratadista, y así tiene influencia y prestigio en su época en que la tendencia nacionalista se impone en el campo del derecho público. Sus postulados fundamentales son adoptados fuera de Italia y sirven de base para los trabajos de Laurent y de Weiss, quienes hacen de ella un estudio más completo que el de su mismo autor y con sus obras la difunden por todo el mundo, sobre todo en cuanto tratan de hacerla pasar por la tesis sostenida en el Código de Napoleón.

Francisco Laurent trata el problema del derecho internacional privado en su conocida obra *Principes de Droit Civil Français*, en el capítulo que titula "Del efecto de las leyes en relación a las personas y a los bienes", dedicando ahí un breve espacio al problema, el cual es desarrollado con amplitud mucho mayor en su obra *Droit Civil International*.

Laurent en su primera obra, editada de 1869 en adelante, toma como punto de apoyo para la construcción de su doctrina el personalismo que hemos notado al tratar de la teoría estatutaria francesa, pero no tomándolo en el mismo sentido, sino aprovechando la afirmación de Portalis al fundar el estatuto personal en el Código francés, aceptando que basta ser francés para estar regido por la ley francesa en todo lo relativo al estado de una persona. De aquí arranca Laurent su tesis nacionalista estableciendo que:

La personalidad ligada a la nacionalidad, es un asunto de raza. Nuestros antepasados, los bárbaros, se regían en todo por la ley de su tribu; la llevaban consigo adonde quiera que fueren. Hoy no existen sino ciertas leyes que sean personales, en el sentido que acompañan a la persona y no la abandonan en todo el tiempo mientras conserve su nacionalidad. En efecto: las leyes personales derivan de la nacionalidad. Son los mil elementos físicos, intelectuales, morales y políticos constitutivos de la nacionalidad, los que determinan, tanto el estado de las personas y su capacidad como su incapacidad.⁵⁸

Dando más adelante a su tesis el mismo alcance propuesto ya por Mancini, al fijar que el principio de las leyes personales "abarca todas las relaciones jurídicas de los franceses en tanto sean de derecho privado",⁵⁹ y más adelante formula concretamente las excepciones que han de tenerse en cuenta contra la aplicación del principio general, refiriéndose al régimen de inmuebles, a las formalidades de los actos y al orden público.⁶⁰

⁵⁸ *Principes de Droit Civil Français* (2ª ed.) 1893, París, tomo I, p. 109.

⁵⁹ *Idem*, p. 112.

⁶⁰ *Idem*, pp. 113 y 114.

En esta primera obra de Laurent parece haber tenido en su tesis mayor influencia la doctrina de Savigny que la misma teoría italiana, ya que trata de fundar la aplicación de la ley extraterritorialmente en la comunidad de derecho propuesta por el ilustre jurista alemán, citándolo continuamente y apoyando en él sus ideas y marcando en su doctrina una tendencia francamente internacionalista y establece que:

Las leyes son impotentes para resolver el conflicto. El legislador puede admitir la aplicación del estatuto personal cuando se trata de la persona y de los bienes del extranjero, pero no puede dar a sus propias leyes acción alguna fuera del territorio en que extiende su autoridad. Para esto es preciso el consentimiento de los diversos pueblos; son pues, precisos los tratados.⁶¹

En esta forma la tesis de Laurent en su fundamentación general se acerca a Savigny y a Von Bar, en tanto que en la idea que guía la aplicación extraterritorial de las leyes personales, se identifica con la propuesta por Mancini.

En su segunda obra, *Droit Civil International*, publicada de 1883 a 1890, adopta ya en firme la teoría italiana siguiendo la exposición que de ésta hace Esperson,⁶² estableciendo, que "cada uno puede invocar cualquiera la Ley de su Nación, en tanto que esto no implique una contravención al orden público del Estado ante cuyos tribunales se pida esa aplicación",⁶³ señalando como excepciones al principio general el mismo orden público, la necesaria vigencia de la ley del lugar en que un acto jurídico se verifique, en cuanto a sus formalidades, y la aplicación de la ley voluntariamente señalada por las partes en los mismos casos aceptados por Mancini.

André Weiss, en su obra titulada *Traité théorique et pratique de droit international privé*, toma igualmente las ideas de la escuela nacionalista italiana, pero, como Laurent, prescindiendo del sentido que originalmente tuvo esa teoría en su primera formulación, asentando que, puesto que es el Estado, ante todo, una agrupación de personas reunidas por un vínculo contractual, el territorio es simple accesorio y, en consecuencia, la soberanía es personal y no territorial,⁶⁴ resumiendo él mismo su tesis en la siguiente fórmula:

La ley, en cuanto estatuye sobre un interés privado, tiene siempre por objeto la persona; no puede regir sino a aquellos para quienes fue originalmente hecha, pero a éstos, debe regirlos, en principio, en cualquier lugar y en cualquier tiempo, salvo las excepciones o atenuantes que resulten del

⁶¹ *Op. cit.*, tomo I, p. 212.

⁶² "Le droit international privé dans la législation italienne", *Journal de Droit International*, vol. III, París, 1880 a 1883.

⁶³ *Droit Civil International*, tomo I, p. 627.

⁶⁴ Niboyet, *Manuel de Dr. Int. Privé*, 1928, p. 407.

orden público internacional, de la regla *locus regit actum*, y de la autonomía de la voluntad.⁶⁵

34) *Crítica de esta nueva manifestación*

Así en la doctrina de Laurent y de Weiss, que presentan entre ellas una semejanza que hace posible su identificación, encontramos igualdad absoluta en su orientación general con la doctrina nacionalista italiana, incurriendo consecuentemente en sus errores y haciéndola acreedora a nuevas objeciones.

Mancini parte de la necesaria equivalencia entre los conceptos de Estado y de nación, tomando esta identidad como muro de apoyo de toda su doctrina para fundar en esa identificación el carácter nacionalista de la legislación y aun cuando en la realidad no encontramos siempre esa equivalencia tiene un cierto aspecto de verdad que hemos hecho notar y que resalta la observación de Laurent al referirse al sistema personal del derecho bárbaro. Pero tanto Weiss como Laurent admiten la posibilidad de modificar voluntariamente la nacionalidad, con lo que dejan la doctrina sin base de sustentación, ya que pretendiendo el uno fundarla en motivos sociológicos (Laurent) debió admitir que cada individuo se regiría durante toda su vida por las leyes del grupo al que por su origen pertenece, haciendo caso omiso del cambio jurídico de nacionalidad. Y por lo que hace a Weiss sin juzgar su idea sobre el contrato originario del Estado, pretender apoyar en él su teoría es desvirtuarla, ya que ese contrato no tiene efecto de ninguna naturaleza para los otros Estados que son extraños, ni impone necesariamente la ley nacional como personal, pudiendo ser la del domicilio o la de residencia momentánea, con el mismo hipotético fundamento de la aceptación tácita del sistema de derecho.

Por otra parte, en tanto que para Mancini hay tres principios que norman toda su doctrina y que pretende fundar en la misma razón de ser del derecho, para Laurent y para Weiss hay una regla superior: la personalidad y extraterritorialidad de la ley nacional, y tres excepciones que presentan cada una de ellas con los más difíciles problemas de delimitación, pues aun cuando aparentemente sólo se agrega la regla *locus regit actum* hay que hacer observar que en esa regla han tratado de incluirse además de la forma externa de los actos, las formalidades intrínsecas, las habilitantes y las de publicidad y por lo que hace al orden público se divide por Weiss en orden público interno e internacional, aportando con todo esto nuevos motivos de confusión y dificultades insuperables al aplicar la doctrina a la práctica.

⁶⁵ *Traité* (2ª ed.) 1907, tomo III, p. 68.

Weiss, sin embargo, en el curso de su obra estudia con enorme habilidad cada uno de los problemas particulares haciendo encajar las soluciones concretas, generalmente aceptadas, dentro de su doctrina, haciendo de su obra un estudio que ha de considerarse fundamental en la materia no obstante la posición errónea que frente al problema asume, siendo este hábil estudio de los problemas particulares la causa de mayor trascendencia de la popularidad de su obra.

35) *La tendencia actual hacia la codificación internacional. Tesis de los defensores de la tendencia*

La tendencia internacionalista en que venimos ocupándonos, encuentra su más alta expresión al postularse, por la doctrina que hoy domina el campo de esta rama del derecho, la necesidad de formar un derecho internacional privado superior a cada Estado, es decir un apéndice del derecho de gentes.

Entendiendo el problema como Von Bar, se arranca del principio por este autor asentado de que el derecho internacional privado tiene por objeto fijar los límites de la competencia legislativa y, por ende, jurisdiccional y administrativa de cada Estado, pero no pudiendo pasar sobre las objeciones formuladas a la tesis internacionalista, en cuanto difiere totalmente de la realidad, tratan de hacer real ese internacionalismo utópico, reduciendo el derecho internacional privado a derecho positivo, dando fuerza a las normas universales por medio de tratados normativos (*law-making treaties*) y, entre tanto se llega a este supuesto estadio superior, dando fuerza de normas positivas a las costumbres uniformemente seguidas por los Estados en esta materia.

La lista de los defensores de tal tendencia sería interminable y, siendo innecesaria, sólo haremos referencia a algunos de ellos buscando en sus obras la más clara expresión de la doctrina dominante.

Cavaglieri afirma sosteniendo esta tesis, que:

El derecho no es tan solo un proceso mental, sino también un hecho históricamente considerado. No basta el racionalismo para fijar la competencia de un Estado, precisa la prueba de que ese principio (determinante de la competencia del Estado) ha sido reconocido por la costumbre o por un acuerdo internacional.⁶⁶

Así, en virtud de la costumbre puede establecerse que: “ningún Estado practica el principio de la negación absoluta y sistemática del valor del

⁶⁶ Arrigo Cavaglieri, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 1932, p. 47.

derecho extranjero”⁶⁷ y establecido este principio debe, según la tendencia, establecerse, como lo hace Kahn,⁶⁸ que

al suponer que un Estado ordenara la aplicación exclusiva de la ley territorial, se admitiría un abuso de la soberanía territorial, con violación de las normas de derecho internacional público al desconocerse la legítima esfera de la soberanía de los Estados extranjeros.

Así concluyen, partiendo de estos principios, que la única fuente de derecho internacional privado deben ser los tratados normativos, en tanto que por medio de ellos se pueden fijar mejor “en fórmulas precisas y particulares los acuerdos de los Estados en la adopción de normas comunes de competencia legislativa y jurisdiccional”.⁶⁹

Admitiendo que, de hecho, existen muy pocos tratados que regulan un corto número de problemas y aplicables a un reducido número de Estados (lo que se considera desde hace mucho, como momento transitorio), tienen que recurrir, como los tratadistas a que antes nos hemos referido, a la costumbre internacional, señalando a los Estados el deber de respetar determinadas “normas consuetudinarias practicadas continuamente” a las que, no obstante no estar consagradas en tratados, se les da fuerza suficiente para afirmar que:

El Estado no es libre para apegarse rigurosamente al sistema de la territorialidad... tal facultad le está vedada por una norma de derecho internacional universalmente aceptada”,⁷⁰

considerando así una verdadera “infracción jurídica” la absoluta territorialidad, y por lo que hace a los casos concretos encontramos revelada toda la mentalidad de los defensores de la doctrina dominante en la afirmación de Kahn: “No es lícito al Estado aplicar por vía de máxima las reglas de su propio derecho *familiar y sucesorio a los extranjeros que se hallen en su territorio transitoriamente*”.⁷¹

Considerando así un verdadero derecho internacional productor de las normas de conflicto, la doctrina dominante deja a los Estados la facultad de legislar sobre la materia como un medio transitorio, en tanto se logra la codificación universal,⁷² pudiendo las normas internas presentar aspectos diversos según sean manifestaciones del derecho superior, transgresiones a ese mismo derecho o regulen problemas que no afectan al derecho inter-

⁶⁷ Cavaglieri, *op. cit.*, p. 51.

⁶⁸ Kahn, *De la naturaleza y método del derecho internacional privado*, citado frecuentemente por Roberto Ago y por Cavaglieri.

⁶⁹ Cavaglieri, *op. cit.*, p. 54.

⁷⁰ Cavaglieri, *op. cit.*, p. 52.

⁷¹ Kahn, *op. cit.*, reproducido por Cavaglieri, *op. cit.*, p. 53.

⁷² José Ramón Orúe, *Principios de Derecho Internacional Privado Español*, 1928, p. 227; Cavaglieri, *op. cit.*, p. 60.

nacional, teniendo además el Estado facultad para negar la admisión de normas extrañas, aun de las impuestas por tratados normativos, cuando esa aplicación produzca un resultado contrario al "orden público", y aun cuando no se diga que cada Estado debe tener la facultad de interpretar las normas generales, cuando menos en aquellos casos en que su interpretación pueda ser dudosa.

36) *Apreciación crítica*

Con variantes de escasa importancia puede considerarse resumida en las líneas que anteceden la tendencia de la doctrina dominante hacia la "codificación" del derecho internacional privado, la que ha sido buscada en Europa en varias conferencias desde 1893 en adelante y en América desde 1889 hasta hoy, produciendo resultados prácticos que de ser observados vados cuidadosamente, constituyen la más clara demostración de la inutilidad de esfuerzos dirigidos hacia una solución que además de imposible es inútil. Se ha aceptado en América el Código Panamericano formado por don Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, por sólo once Estados, quedando fuera del convenio los Estados de mayor importancia del nuevo continente y el mayor número de ellos, y en Europa se han aceptado sólo convenciones sobre materias concretas y entre un número también corto de Estados. Siendo éste el resultado del trabajo de tantos años, emprendido por tantos juristas ilustres, con finalidad tan clara y en interés de todos los Estados, parecería increíble el escaso éxito si no fuera porque bajo esa cubierta de sencillez y facilidad con que la solución se propone existen los más arduos problemas, no sólo en las soluciones a los conflictos en particular sino minando en su base toda la tendencia hacia la codificación.

Puede observarse, fácilmente, cómo toda esta tendencia está construida sobre la teoría de Savigny y principalmente teniendo en cuenta la presentación de ella hecha por Luis Von Bar, ya que aun cuando en las soluciones particulares se sigan, más bien, las tradicionales presentadas y remozadas por André Weiss toda la parte fundamental está calcada de la idea de Bar y en la tendencia a la codificación observamos igualmente el espejismo de la teoría del discípulo de Savigny.

Para juzgarla sólo haremos referencia a lo que antes hemos dicho en lo relativo a la costumbre como fuente de derecho internacional privado.⁷⁸ Vemos cómo se insiste en la existencia de costumbres "practicadas continuamente", haciendo de esta práctica continua la base del carácter obligatorio de esas costumbres. Tales "costumbres" no pueden tomarse en

⁷⁸ Ver antes núm. 30.

cuenta ni siquiera como una fuente teórica, pero mucho menos como un dato histórico. Es posible que la costumbre de los Estados de prescindir en ciertos casos de la *lex fori* para aplicar normas extrañas pueda considerarse como practicada continuamente, pero la norma que de ahí se deduce tiene un valor idéntico al postulado jus-naturalista que supusimos válido al juzgar de la tesis de Massé;⁷⁴ que cada Estado deba en casos determinados apreciar una situación jurídica de acuerdo con normas jurídicas dictadas por otro Estado puede admitirse, pero si este deber es impuesto por un derecho superior, llámese internacional o natural, o por un sentimiento de utilidad o simplemente por motivos de orden técnico carece de importancia, ya que no hace sino afirmar la existencia del problema, y de ahí a su solución hay una distancia que queda muy lejos de la formación consuetudinaria del derecho.

Por lo que se refiere a los tratados normativos (*law-making treaties*) es preciso notar que no pueden ser tenidos como la consagración de principios emanados de una voluntad superior a la del Estado y en consecuencia cada Estado se encuentra en absoluta libertad para aceptarlo o no, según crea conveniente, ya que la no aceptación de las reglas tradicionales en materia de conflictos no es, como se pretende, desconocimiento de la soberanía de los demás Estados, que nada pierden ni ganan si sus leyes se aplican o dejan de aplicarse a problemas de derecho que no resuelven sus tribunales. Se afectaría si se desconociera su facultad de dictar las normas que crea convenientes para su propio dominio, pero este desconocimiento no se efectúa cuando esas normas no se aplican fuera de su territorio, sino precisamente cuando trata de imponerse la aplicación, dentro de él, de normas extrañas. No se desconoce la soberanía del Estado, negando la eficacia de una norma jurídica fuera del espacio en el cual el Estado ejerce su soberanía y puede en consecuencia reconocerse esa eficacia y aplicar normas de un Estado diverso, sin que esto implique contradicción ni violación al Derecho de Gentes.

Suponiendo que el Estado aceptara el tratado normativo e impusiera sus reglas a sus propios tribunales, encontraríamos que el valor jurídico de tales normas dependería no del derecho internacional sino de la voluntad del Estado que libremente ha querido aceptarlas, resultando el tratado normativo un apéndice inútil del derecho internacional.

Es preciso fijar también cuidadosamente el sentido del derecho internacional, observando que esta rama del derecho tiene por sujetos a los Estados y que éstos no pueden válidamente contraer obligaciones respecto a su legislación interior, sino en aquello que afecte necesariamente el interés de otro Estado. En el caso del derecho internacional privado, como antes dejamos establecido, no están en juego los intereses de los Estados

⁷⁴ Ver antes núm. 30.

sino intereses de particulares que no son siquiera necesariamente extranjeros, pudiendo presentarse conflictos de leyes entre sistemas de varios Estados en cuya resolución tengan interés sólo nacionales del país del juez, por lo que debemos establecer que las normas de derecho internacional privado no pueden ser materia del derecho internacional público.

Si a todo esto agregamos la ineludible influencia que la legislación interna y la jurisprudencia de cada país tienen sobre esta materia, en cuanto pueden fijar al calificar las situaciones las normas internacionales aplicables, reglamentar y aun interpretar las mismas normas y oponer a la solución que presenten todas las excepciones que pueden caber en el concepto ilimitado del "orden público", encontramos que la unificación que la tendencia dominante persigue tiene la misma eficacia práctica que puede tener un estudio de cualquier tratadista, y tal vez menos.

Ernest Frankenstein, al hablar de esta tesis dice que sucede "como cuando los médicos de los siglos pasados trataban de combatir las epidemias desconociendo sus causas y sin siquiera buscarlas", agregando que por esto, "la doctrina dominante no conoce más solución que las convenciones internacionales", cuyo resultado juzga diciendo: "Algunos Estados... han denunciado convenciones, y donde se encuentran en vigor no han hecho más que aumentar el caos, puesto que cada país contratante tiene, al lado del derecho internacional privado internacional, un derecho internacional privado nacional con los más difíciles problemas de limitación. ¿Es esto un progreso? No se atrevería uno a afirmarlo".⁷⁵

La observación de Frankenstein, con toda su severidad, no es sin embargo todo lo enérgica que requiere una tendencia cuyo espejismo ha venido a hacer del derecho internacional un laberinto inexpugnable para quien no dedique todo su esfuerzo a él y ha causado en el desarrollo de esta importante rama del derecho el daño irreparable de detener su marcha indispensable para el progreso del comercio internacional.

⁷⁵ Ernest Frankenstein, "Una teoría moderna de derecho internacional privado", *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, 1933, p. 385.