

FERNANDO LABASTIDA ALVAREZ

**INTERNACIONALISMO
Y NACIONALISMO EN DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO**

**TESIS PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO
EN DERECHO**

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

México D. F.

1962



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mis queridos padres:

FERNANDO LABASTIDA NAVARRO

y

PILAR ALVAREZ DE LABASTIDA,

*con el ferviente anhelo de patentizarles,
siquiera en esta pequeña forma, mi legí-
timo orgullo por sus valientes sacrificios,
infinitos esmeros y admirable ejemplo de
rectitud y honradez.*

Mi sincero agradecimiento al Sr. Lic.

JORGE A. CARRILLO,

por su inapreciable y amistosa dirección.

Y a mi dilecta amiga, la Srta.

EMILIA BERLANGA,

por su eficiente y abnegada colaboración.

NOTA

En el curso de la elaboración de esta tesis, una de las inteligencias más claras del Uruguay, el Dr. Quintín Alfonsín, falleció trágicamente.

El mundo jurídico de Latinoamérica llora su irreparable pérdida.

Sin embargo, el pensamiento lúcido de este notable jurisconsulto vivirá eternamente. La deuda que con él tenemos contraída, los devotos del Derecho Privado Internacional, es enorme. Sus brillantes ideas de vanguardia en nuestra ciencia, nos obligan a difundirlas, a analizarlas y, si posible fuera, a completarlas.

El presente trabajo, obra inmadura aún como corresponde a un joven estudiante, representa sin embargo un sincero homenaje a su memoria. Su autoridad proyecta su sombra a todo lo largo de sus páginas. La juventud estudiosa de México comienza a venerarlo.

Descanse en paz el notable maestro.

Lic. Jorge A. Carrillo, LL. M.

CAPITULO I

LA RELACION JURIDICA TRANSNACIONAL

- A.—RELACIONES JURIDICAS NACIONALES**
- B.—RELACIONES TRANSNACIONALES**
- C.—IMPORTANCIA INTERNACIONAL DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS NACIONALES**
- D.—DESARROLLO CRECIENTE DEL COMERCIO JURIDICO INTERNACIONAL**
- E.—REGIMEN JURIDICO DE LAS RELACIONES TRANSNACIONALES**

RELACIONES JURIDICAS NACIONALES

Toda relación jurídica pertenece a un orden jurídico determinado. Cuando se realiza el supuesto típico previsto en una norma, las relaciones que de ahí derivan son relaciones jurídicas y pertenecen al sistema de derecho del que la norma forma parte.

De ahí que el concepto de pertenencia de la relación jurídica se determine por el concepto de competencia del respectivo ordenamiento. "Ahora bien —como señala Verdross—: el concepto de competencia se deriva del concepto de ámbito de validez" (1).

El ámbito de validez de un ordenamiento jurídico se manifiesta en cuatro dimensiones, a saber: en el tiempo; en el espacio; en las personas; y en las situaciones de la vida y en las cosas, dando lugar, respectivamente, a los ámbitos de validez temporal, espacial, personal y material.

Para que una relación pertenezca a un orden jurídico, necesitan coincidir en ella cada uno de los ámbitos de validez mencionados. En otras palabras, para que una relación de la vida pertenezca a un orden jurídico y sea una relación jurídica, es preciso que se encuentre dentro de los ámbitos de validez de ese ordenamiento y que al mismo tiempo encaje en

(1) Alfred Verdross. DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. Madrid, Aguilar, 1955, p. 171.

el supuesto o hipótesis previsto por una norma concreta. Si no sucede así no cabe decir que la relación pertenece al ordenamiento jurídico en cuestión.

En la realidad empírica nos encontramos con múltiples ordenamientos jurídicos que coexisten simultáneamente y se conectan entre sí. Sobre la base de esta multiplicidad se ha discutido la existencia del Estado, afirmándose que es un sujeto de derecho y considerándolo como la personificación de un orden jurídico (2).

El orden jurídico regula la conducta de una colectividad humana. La pluralidad de comunidades humanas tuvo, hace ya mucho tiempo, un desenlace histórico de realzada importancia cuyos resultados son todavía fundamentales en la época actual. Me refiero a la formación de las naciones modernas. Desde entonces existe una conexión precisa entre los conceptos de nación, derecho y Estado.

La coexistencia de las naciones implica la limitación de sus ordenamientos jurídicos y, por lo tanto, la limitación de los ámbitos de validez de cada ordenamiento nacional. De no existir la limitación de que hablamos habría un orden jurídico universal en lugar de la coexistencia de ordenamientos que se observa. Es esta coexistencia, precisamente, la que nos permite hablar de relaciones jurídicas nacionales. Podemos decir, en este sentido, que un contrato de compraventa ha dado lugar a una relación jurídica mexicana, justamente porque pertenece al ámbito de validez y a la esfera de competencia del derecho mexicano.

RELACIONES TRANSNACIONALES

La comunidad de los Estados se rige por el derecho internacional público. "La función del derecho internacional público —dice el maestro César Sepúlveda— es triple. En primer lugar tiene la de establecer los derechos y los deberes de los Estados en la comunidad internacional. En seguida, debe

(2) Kelsen, Hans. TEORIA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO. México, Imprenta Universtaria, 1949. pp. 191-192.

determinar las competencias de cada Estado, y en tercera, ha de reglamentar las organizaciones e instituciones de carácter internacional" (3).

Las relaciones jurídicas que derivan del derecho internacional público se llaman relaciones internacionales, por contraposición a las nacionales.

Estos dos tipos de relaciones jurídicas serían los únicos si los ámbitos de validez del derecho internacional y de los derechos nacionales estuvieran perfectamente ajustados entre sí y se repartieran en forma absoluta todas las relaciones de la vida. Pero si este no fuera el caso, según veremos en detalle al final del capítulo, resultaría de ahí la existencia de un sector de relaciones jurídicas que no serían nacionales pero tampoco internacionales.

Hablando desde un punto de vista ajurídico, es decir, simplemente social o material, encontramos que hay relaciones en las que interfieren elementos pertenecientes a diversas sociedades nacionales. Son las que Wolff llama "hechos positivos con puntos de conexión con el extranjero". (4). Quintín Alfonsín les da el nombre de "relaciones extranacionales" (5).

Estas relaciones surgen por la interpenetración social. Es el hecho de la solidaridad humana, de que hablaban Duguit y Scelle, el que origina que los hombres rebasen las fronteras de su propio país y se pongan en contacto, de mil maneras, con sujetos pertenecientes a diversas naciones. Tal es el caso, por ejemplo, de un contrato de compraventa celebrado por un mexicano y un guatemalteco; el de una letra de cambio emitida en España por un español, aceptada por

(3) César Sepúlveda. CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO. México. D. F., Editorial Porrúa, S. A., 1960, p. 3.

(4) Martin Wolff. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Barcelona, España. Editorial Labor, S. A., 1936, p. 12.

(5) Quintín Alfonsín. TEORIA DEL DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL. Montevideo, Uruguay. Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo. 1955, p. 12.

un mexicano y pagadera en México; el caso, siempre citado, del matrimonio entre personas de distintas nacionalidades; el caso de una herencia con bienes en varios países; el de la adquisición de bienes raíces por un extranjero; etc. Las posibilidades son múltiples, "pero ninguna hipótesis —dice Niboyet— por completa e inverosímil que parezca, podrá ser calificada de teórica, ya que la realidad nos ofrece casos verdaderamente extraordinarios". Y a continuación propone el siguiente ejemplo: "supongamos, en efecto, que se trata de un francés que ha contraído matrimonio con una portuguesa en España, y que, después de haber fijado su domicilio en Suiza, muere en Italia, dejando bienes en todos esos países" (6).

El ejemplo anterior es elocuente. La relación que detalla está conectada con varios países, con cinco, para ser exactos. A qué país pertenece esta relación? Podemos contestar que pertenece a todos y a cada uno a la vez, pero a ninguno en particular. En efecto, esta relación está dentro y fuera, es decir, más allá de una sola nación. Escapa por ello al ámbito de lo nacional justamente en la medida en que alguno de sus elementos está conectado con otro país. De ahí que sea preferible darle el nombre de relación **transnacional**, término que es la traducción de la palabra inglesa *transnational*, utilizada por el profesor norteamericano Philip C. Jessup (7).

En nuestro idioma, el vocablo propuesto se explica porque la preposición inseparable "trans", unida a las voces simples del castellano, significa más allá, del otro lado. Unida a la palabra nacional expresa la idea de que la relación transnacional está más allá de lo nacional. La palabra que usamos evita, asimismo, toda confusión que pudiera surgir si utilizáramos el término **internacional** que alude, como dejamos dicho, a las relaciones que se establecen entre los Estados y demás sujetos del derecho internacional.

(6) J. P. Niboyet. PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. México, D. F. Editorial Nacional, 1959, pp. 5-6.

(7) Jessup, Philip C. TRANSNATIONAL LAW. New Haven, U. S. A. Yale University Press, 1956.

Ahora bien, la relación transnacional no es de por sí una relación jurídica. Para serlo, necesita estar regulada por el derecho. En tal hipótesis, la relación transnacional adquiere índole jurídica derivada del ordenamiento que la regula. Si se ocupa de ella el derecho internacional, estaremos frente a una relación jurídica internacional. Si la regula el orden jurídico de algún Estado, tendremos entonces una relación jurídica nacional. Claro está que en estos casos existe una contradicción, pues a un determinado tipo de relaciones sociales, se le están aplicando normas jurídicas que corresponden a otro tipo diferente de relaciones sociales.

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales nos da una muestra de la contradicción que comentamos. Sus artículos 12, 13, 14 y 15 determinan la aplicabilidad de las normas jurídicas de dicho ordenamiento y en general de las leyes mexicanas a relaciones socialmente transnacionales. El caso sería el mismo si nuestro código dispusiera, pongamos un ejemplo, que la compraventa se rige por el derecho nacional del comprador, pues al fin de cuentas, a la relación transnacional se le aplica un derecho nacional. Así, con este criterio jurídico, no existen relaciones transnacionales, porque o bien son nacionales, o bien son internacionales. Será correcta esta disyuntiva?

En consecuencia, nos queda por aclarar si la posición nacionalista es adecuada y también si es posible encontrar en los desajustes del derecho estatal y en los de éste con el derecho internacional, un orden jurídico adecuado a la relación transnacional, que nos permita hablar de relaciones jurídicas transnacionales.

IMPORTANCIA INTERNACIONAL DE LOS PROBLEMAS JURIDICOS NACIONALES

El conjunto de las relaciones transnacionales, que son producto de la interpenetración social y de la solidaridad humana, da origen a una sociedad nueva: la sociedad transna-

cional. En el constante afán viajero que impulsa al hombre a conocer nuevas regiones, en el ansia continua de aproximarse a sus semejantes a través de nuevas rutas y de nuevos caminos, se hunden las raíces de una evolución sociológica que orilla al ciudadano de cada Estado a considerarse poco a poco ciudadano del mundo.

León Duguit considera que cuando el sentido de la solidaridad rebasa el ámbito nacional y entrelaza a los diferentes pueblos se forma, por los individuos mismos, el derecho internacional. George Scelle, siguiendo el pensamiento de Duguit, observa que las relaciones entre individuos de diversas sociedades forman una colectividad que llama la sociedad internacional (8).

Toda comunidad humana, señala Verdross, "sólo es posible si sus miembros se relacionan entre sí" (9). Por ello, cuando la relación se establece entre los sujetos de derecho llamados Estados, la comunidad que de ahí surge es precisamente la comunidad internacional. Los órganos de comunicación y de contacto que utilizan los sujetos de esta comunidad son los poderes públicos de los Estados. El derecho que regula sus relaciones es el derecho internacional público.

En cambio, si las relaciones existen entre individuos de distintas naciones, la comunidad que de ahí surge es una comunidad distinta a la de los Estados por lo que, para evitar confusiones, la llamaremos sociedad transnacional de acuerdo con el nombre propuesto para las relaciones que la constituyen. Con esta modalidad de relaciones los pueblos se entrelazan de manera recíproca independientemente de sus gobiernos y establecen corrientes poderosas, no pactadas en ningún tratado de intercambio cultural, económico, o simplemente de amistad y simpatía. La necesidad de paz y de comprensión entre los hombres, se muestra así, indispensable en la convivencia humana.

(8) César Sepúlveda. Op. Cit. pp. 51-52.

(9) O. C. p. 13.

Junto a estos fundamentos sociológicos nos asalta una idea sugestiva: la de comparar la formación y el desarrollo históricos de las naciones con el crecimiento contemporáneo de la sociedad transnacional y con los cambios que también experimenta la comunidad internacional al impacto de aquélla. Empleando una metáfora podríamos decir que las naciones son a la sociedad transnacional y a la comunidad internacional, lo que un mapa dibujado a escala es a la región geográfica que representa. Para ilustrar en alguna forma nuestro pensamiento, vamos a considerar, como lo hace también Jessup (10), algunos ejemplos:

A.— (1) La tutela de los menores.

(2) La administración de los territorios bajo fideicomiso.

(1)

Los menores de edad no tienen capacidad jurídica de ejercicio. La falta de madurez no les permite cuidar personalmente de su patrimonio; entonces el derecho interviene y nombra una persona, bien el padre o bien un tutor, que asume su representación y cuida de sus bienes. Cuando el menor alcanza la mayoría de edad, o demuestra su madurez por otros motivos que el derecho toma en cuenta y se le emancipa, adquiere plena capacidad de ejercicio y se coloca en un rango de igualdad jurídica con los demás miembros de la sociedad. (11).

(2)

La Organización de las Naciones Unidas ha recogido la idea, como antes se hizo en la Sociedad de las Naciones, de que los pueblos que no han alcanzado el grado de madurez suficiente para gobernarse a sí mismos, pueden colocarse bajo la tutela de un país más civilizado. El objeto de este régimen tutelar consiste en promover el adelanto político, económico, social y educativo de las respectivas poblaciones, hasta que

(10) O. C. pp. 20-30.

(11) Código Civil para el Distrito y Territorios Federales. Títulos octavo y noveno.

su desarrollo les permita alcanzar el gobierno propio o la independencia y figurar, en igualdad de circunstancias, con los demás miembros de la comunidad internacional (12).

- B.— (1) Juicio arbitral.
(2) Arbitraje internacional.

(1)

Antes de acudir a un juicio, durante éste y después de sentenciado, las partes en conflicto pueden convenir que su asunto lo resuelva un árbitro, ya sea sujetándose a derecho o bien según la amigable composición y el fallo en conciencia (13).

(2)

Los Estados han considerado oportuno incluir en sus tratados la cláusula de arbitraje para resolver las divergencias de aplicación e interpretación de los tratados. Asimismo, ante un conflicto ya existente pueden comprometerse a que lo resuelva un tribunal arbitral. También pueden celebrar tratados especiales cuyo objeto es disponer que toda futura controversia se someterá al arbitraje. Estos tratados pueden disponer que el tribunal de arbitraje decida la controversia de acuerdo con el derecho internacional o bien "ex aequo et bono" (14).

- C.— (1) Del dominio de las aguas de utilidad pública.
(2) Del régimen internacional de la navegación fluvial.

(1)

Cuando el curso de las aguas fluviales atraviesa distintas propiedades privadas dentro de un Estado, el aprovechamiento de sus aguas se declara de utilidad pública. En ese caso, los propietarios afectados pueden hacer uso de la corriente pero sin perjudicar el aprovechamiento de las mismas aguas a que tienen derecho los dueños de predios colo-

(12) Carta de la O.N.U. art. 76.

(13) C. Proc. Civil para el Distrito y Territorios Federales. Título octavo. arts. 609, 628.

(14) Verdross, O. C. pp. 351-355.

cados en la parte inferior del río; en ningún caso se podrá desviar el curso de la corriente de modo que cause daño a un tercero (15).

(2)

Cuando un río atraviesa varios países, se declara, mediante un tratado, que se trata de un río internacional. El régimen establecido en estos casos prohíbe a los Estados ribereños alterar la navegación, e inclusive quedan obligados a conservar el cauce fluvial en buenas condiciones y a realizar obras de mejoramiento; en consecuencia, tampoco se puede dañar a un tercer Estado en el aprovechamiento de un río internacional (16).

La semejanza, que dentro de su diversidad, presentan estos problemas y sus soluciones jurídicas revela el significado universal de los problemas humanos y patentiza que sus soluciones reclaman un trato fundamentalmente idéntico y por lo tanto universal. Las diversidades peculiares de cada nación en la solución jurídica de sus problemas, no son definitivamente distintas, ni tampoco ajenas a las de otros países, ya que la común condición humana representa la base de todas las instituciones sociales; la persona, individualmente considerada, es la célula que forma a las naciones, y si las naciones, como Estados, forman la comunidad internacional, el mismo derecho internacional público no puede dejar de considerar al individuo.

El hombre da satisfacción a sus problemas asociándose en diversos grados. Empieza con la familia, luego forma la ciudad, asciende a la provincia, llega al Estado, y remata en los organismos internacionales. En este aspecto, el derecho internacional público está sufriendo una evolución al empuje creciente de la sociedad transnacional. Se va formando una conciencia comunitaria de la humanidad basada en una corriente pacifista, dice Verdross (17); y recordando a Scelle, este mismo pensador añade: "El derecho internacional público

(15) C. Civil para el Distrito y Territorios Federales. arts. 933, 935, cap. V.

(16) Verdross. O. C. p. 502.

(17) O. C. p. 14.

no se funda sólo en las relaciones oficiales entre los gobiernos, sino también y en mayor medida, en el hecho de las múltiples relaciones privadas que se dan entre los propios pueblos" (18).

La Organización de las Naciones Unidas se ocupa en gran medida de proteger a la persona humana y de incrementar las relaciones transnacionales. Sin embargo, el nuevo derecho internacional a que la O.N.U. ha dado lugar es aún impreciso y, sobre todo, padece las limitaciones propias de la fundación peculiar de la O.N.U. como organismo internacional, o sea, las limitaciones de un tratado interestatal. Ello no obstante, sus actividades, sus innovaciones y sus tendencias actualizan con gran claridad la trayectoria que en la historia del pensamiento ha tenido la idea de la organización interestatal desde Dante hasta Kant, pasando por Pedro Dubois; Marini; Emerico Crucé; Sully; William Penn; Saint Pierre; y Jeremias Bentham. La inquietud que late en el fondo de tanto pensamiento es, asimismo, el enigma y la clave en el destino de la O.N.U.: un problema de la especie humana a cuya solución la impulsa su naturaleza y que exige, en virtud de la solidaridad fundamental de los hombres, "la creación de una sociedad civil que administre universalmente el Derecho" (19).

No debemos olvidar los elementos negativos del problema. Por un lado se reconoce la tendencia de que los Estados pueden ser responsables por los daños causados a los individuos sean extranjeros o nacionales; por el otro se afirma la soberanía de los mismos Estados. En este último sentido, el artículo dos inciso siete de la Carta de la O.N.U., consagra el principio de no intervención de la misma O.N.U. en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados. Pero éstos, por su parte, se han encargado de cometer abusos y arbitrariedades amparándose en el mal empleo del concepto de "asuntos esencialmente de la jurisdicción interna". "Algunos Estados han sostenido en nu-

(18) O. C. p. 14.

(19) Kant, en Verdross, O. C. p. 26. O. C. pp. 22-26.

merasas ocasiones, por motivos políticos variados, que los problemas que interesan a otros países dependían de la competencia nacional de un Estado particular. Por ejemplo: los Países Bajos respecto a Indonesia; la Unión Sudafricana al tratarse de su conducta con los hindúes del país y con los habitantes del Africa Sudoccidental; el Reino Unido respecto a Chipre y la U.R.S.S. al discutirse los casos de Checoslovaquia y de Hungría" (20).

También el artículo 15 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos señala que "ningún estado o grupo de Estados tienen derecho de intervenir, directa o indirectamente, y sea cual fuere el motivo, en los asuntos internos o externos de cualquier otro..." (21). Sin embargo, el concepto de no intervención debe tener un sentido jurídico en armonía con los principios generales del derecho internacional. No garantiza, aunque así lo sugiera el significado lógico-gramatical de las palabras, que el Estado sea intocable. Antes bien, la interpretación lógico-jurídica parece indicar que dicho principio sanciona el respeto absoluto a las obligaciones internacionales y el ejercicio de sus legítimos derechos por parte de todos los Estados; supuesto que, como expresa el artículo 11 de la Carta, "el derecho que tiene el Estado de proteger y desarrollar su existencia no lo autoriza a ejecutar actos injustos contra otro Estado". En otras palabras, para que haya intervención injusta y se viole el artículo 15 anteriormente citado, es necesario que antes resulten contrariados una obligación y una facultad internacionales en el caso concreto. Es obvio que la misma conducta no puede estar prohibida y permitida al mismo tiempo. Por eso las sanciones aplicadas conforme al derecho internacional no deben incluirse dentro del concepto jurídico de intervención injusta. De lo contrario, las obligaciones internacionales, inclusive la de no intervención, carecerían de tutela jurídica y estarían a merced de la voluntad arbitraria de cada Estado.

(20) REVISTA DE LA COMISION INTERNACIONAL DE JURISTAS. Tomo I. No. 1. Norman S. March. pp. 4-5.

(21) Serie sobre Tratados. I. O. E. A. Documentos oficiales OEA/Ser. A/2 (español). Unión Panamericana. Washington, D. C.

Al respecto, tenemos el ejemplo de las sanciones impuestas por la Sexta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores a la República Dominicana, en virtud de que este país había violado el principio de **no intervención** y se había colocado en las hipótesis de los artículos 6 y 8 del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca que sancionan distintos tipos de agresión contra la integridad de cualquier Estado americano (22). Así mismo, en la Declaración de Costa Rica de 29 de Agosto de 1960 se recomienda a los Estados miembros de la O.E.A. el cumplimiento de la Declaración de Santiago de Chile aprobada en la Quinta Reunión de Consulta y, por consiguiente, el cumplimiento de los principios democráticos que en ella se adoptan (23). Y en la Octava Reunión de Consulta, celebrada en Punta del Este, Uruguay, en Enero de 1962 se aclaró debidamente "que la libertad para contraer obligaciones es parte indivisible del principio de autodeterminación de los pueblos y que, en consecuencia, una instancia para su cumplimiento, por una o varias naciones, no importa intromisión en sus asuntos internos" (24). De ahí que tampoco deba considerarse violatoria del principio de **no intervención** la resolución de que el actual gobierno de Cuba, oficialmente declarado Marxista-Leninista, es incompatible con los principios y propósitos democráticos del sistema interamericano. Y si bien la exclusión de dicho país del seno de la O.E.A. que como consecuencia de lo anterior se dispuso en la misma reunión, puede estimarse defectuosa por vicios de procedimiento y de incompetencia de la Reunión de Consulta para decretar una expulsión, según lo hizo ver la delegación mexicana, tampoco será violatoria del principio de **no inter-**

(22) Acta Final de 21 de Agosto de 1960, firmada en San José de Costa Rica. Actas y Documentos. Unión Panamericana. Secretaría de la O. de los E. A. Washington, D. C. p. 209.

(23) Acta Final. Actas y Documentos. Unión Panamericana. Secretaría General de la O. E. A. Washington, D. C. p. 409.

(24) Acta Final. Actas y Documentos. Unión Panamericana. Secretaría General de la O. E. A. Washington, D. C. p. 9.

vención, si se la considera en sí misma, es decir, de acuerdo con el derecho sustantivo que protege (25).

Se verá, por lo tanto, que no es posible decir con precisión que tan cerca o que tan alejada pueda estar la solución al conflicto, cada vez más explosivo, entre soberanía estatal y seres humanos, entre organización mundial de acuerdo con la solidaridad humana y simples uniones entre gobiernos. La conclusión de este litigio universal está en razón directa de la comprensión por parte de los pueblos de una efectiva realidad: que el Estado ya no resuelve plenamente las necesidades humanas y que no es tampoco, desde luego, inmutable y perfecto como organización de la sociedad.

DESARROLLO CRECIENTE DEL COMERCIO JURIDICO INTERNACIONAL

Un país no puede mantenerse aislado por mucho tiempo y fuera de la comunidad internacional. El aislacionismo ha sido practicado varias veces, en efecto, pero sólo como una etapa transitoria. No es posible que exista como sistema. Una nación aislada no alcanza a satisfacer todas sus necesidades y, además, el progreso requiere el intercambio, la confrontación y la competencia que trae aparejados el comercio internacional.

El concepto de comercio tiene dos significados. En un sentido amplio expresa cualquier tipo de relaciones e intercambio entre los miembros de una comunidad, incluyendo, en consecuencia, relaciones de tipo cultural y científico. Una noción restringida se refiere, exclusivamente, a las relaciones entre los miembros de una comunidad para el intercambio de satisfactores económicos; suele también dársele el nombre de tráfico mercantil, si en él intervienen mercaderes y hombres de negocios privados. En ambos sentidos el comercio internacional crece cada día. "En la vida actual las

(25) Acta Final. Actas y Documentos. Unión Panamericana. Secretaría General. Washington, D. C. pp. 14-15.

relaciones extranacionales (transnacionales), dice Quintín Alfonsín, son expresiones de un tráfico regular que sólo puede existir si es tutelado por el Derecho" (26). Y Verdross declara: "modificando algo una expresión bien conocida, cabe afirmar: ubi commercium, ibi jus" (27). De ahí que a un mayor grado en el desarrollo de las relaciones comerciales, corresponde un mayor grado de precisión y elaboración del ordenamiento jurídico que las regula.

A partir de la "Ordonnance de la Marine Francaise, de Colbert, 1681", se desarrolla el nacionalismo de las legislaciones sobre el comercio marítimo como un reflejo del nacionalismo político. Antes, habían existido ordenaciones verdaderamente transnacionales sobre esta materia "ya fueran consuetudinarias, ya fueran jurisprudenciales, que a menudo estaban recogidas en recopilaciones de autoridad consagrada, como el Consulado del Mar, los Roles de Olerón, las Leyes de Wisby, el Gridon de la mer, etc" (28).

Nuevamente en la actualidad han surgido normas verdaderamente transnacionales de efectiva aplicación en el comercio. Los comerciantes han considerado impropia la aplicación del derecho nacional a sus relaciones con los comerciantes de otros países y han elaborado con todo detalle, apoyándose en la costumbre mercantil, las condiciones que consideran adecuadas para el tráfico recíproco que desempeñan. Inclusive, para evitar que por la vía judicial se les aplique el derecho de un Estado, convienen en cláusulas arbitrales a fin de solucionar las diferencias que surjan en la ejecución de sus contratos. "Así ocurre con los formularios de la *Silk Association of America*, de la *London Corn Trade Association*, y con las condiciones de transporte de la *International Air Transport Association*" (29).

A través de las conferencias de la *International Law Association*, compuesta por banqueros, comerciantes, navie-

(26) O. C. p. 14.

(27) O. C. p. 13.

(28) Alfonsín. O. C. p. 336.

(29) Alfonsín. O. C. p. 339.

ros y juristas, se han formulado reglas para el comercio transnacional, que ya es costumbre incluir en las transacciones de este tipo. Las principales reglas son:

A.—Reglas de York-Amberes para reglamentar la avería común, adoptadas en York, 1864.

B.—Reglas de Viena, 1926, para regular la moneda de pago.

C.—Reglas de Varsovia y Oxford, 1932, para regular la venta CIF.

D.—Reglas de Viena, 1933, sobre créditos documentados.

De modo semejante a la *International Law Association*, existen otras organizaciones privadas con proyecciones internacionales, aunque no necesariamente comerciales, fundadas sobre la base del orden jurídico interno de los Estados. Entre otras: el *Institut de Droit International*; el *Comité Maritime International* (Amberes), la *Chambre de Commerce International*, de París; la *Academie Internationale de Droit Comparé* (La Haya); la *International Bar Association* (New York) (30).

Los servicios de la llamada administración internacional indirecta establecen condiciones que benefician el desarrollo del comercio mediante la creación de uniones administrativas, formadas sobre la base de un tratado internacional. La función de estas uniones consiste en coordinar la actividad de las administraciones nacionales. Frecuentemente, la actividad de las uniones administrativas que mencionamos concluye en diversos tratados que unifican los principios sobre los que han de basarse la actuación de los Estados en determinadas materias. Estos tratados y otros nacidos en conferencias internacionales, han dado por resultado la formación de los llamados reglamentos internacionales que constituyen el régimen internacional de las comunicaciones ferroviarias, de los canales, de la navegación fluvial, de la navegación marítima, de los puertos marítimos, de la navegación aérea, de la propiedad literaria y artística, de la propiedad industrial, de las comunicaciones postales, de la

(30) *Alfonsin*. Id. pp. 199-204. (*Verdross*. Id. p. 484).

telecomunicación, y del tráfico en las aduanas. En los últimos años se han desarrollado en gran medida convenios culturales y de cooperación intelectual, de higiene, de asistencia judicial. En materia penal, se hace palpable la protección al comercio transnacional con la existencia de los *delicta iuris gentium*, cuya represión ha sido delegada por el derecho internacional a los Estados. La piratería, la violación del bloqueo por buques neutrales, la falsificación de moneda, el contrabando, etc., son delitos que dañan directamente el comercio transnacional. Lo mismo puede decirse de los nuevos delitos internacionales, llamados crímenes contra la humanidad y crímenes contra la paz, que se distinguen de los anteriores en que es el mismo derecho internacional quien los sanciona y reprime.

Como se ha visto, al igual que los particulares, los Estados y los organismos internacionales se han preocupado por conservar, incrementar y sistematizar las relaciones del comercio transnacional. Cada país encuentra, a medida que pasa el tiempo y se agiganta el progreso, que el ámbito de su existencia tiende a ensanchar las fronteras nacionales. Varios factores determinan este fenómeno; con el impulso de aventura se encuentra el aguijón de la necesidad: necesidad de comunicarse y urgencia de alimentarse, las cuales llevan al hombre, como hemos visto, a prescindir de soluciones localistas y a buscar en el contacto con sus semejantes, en otras regiones y en otros pueblos, lo que no pueden encontrar con plenitud en el territorio de su propio país. El avance hacia una mayor interpenetración social es cada día más grande, y, a no dudarlo, continuará su paso aceleradamente.

REGIMEN JURIDICO DE LAS RELACIONES TRANSNACIONALES

Todo orden jurídico se da en una sociedad determinada. El orden jurídico nacional, en la sociedad nacional. El orden jurídico internacional, en la comunidad de los Estados. La sociedad transnacional, asimismo, tiene su propio orden jurídico. *Ubi societas ibi jus.*

Correspondiendo a sociedades distintas que tienen diferentes significados y distinta extensión, los respectivos órdenes jurídicos encuentran su extensión y sus límites, en los límites y extensión de la sociedad que regulan. Cuando el derecho internacional público impone límites a los derechos nacionales, lo hace en razón de la mayor amplitud de la sociedad internacional. Ahora bien, el derecho internacional impone sólo algunos límites al orden jurídico de los Estados.

Los límites impuestos por el derecho internacional van de acuerdo con la existencia misma de los Estados y, por lo tanto, implican el respeto de la soberanía estatal. El derecho internacional, dice Verdross, presupone la existencia de los Estados. Aludiendo a estos problemas, Martin Wolff expresa lo siguiente: "no puede afirmarse todavía que el derecho internacional común haya dado normas fijas para determinar hasta qué punto un Estado tiene el deber y el derecho de aplicar su propio Derecho privado o el extranjero a determinados asuntos reales con puntos de conexión con el extranjero. El Derecho internacional no pone el menor obstáculo a ningún Estado para determinar libremente que la capacidad de obrar de las personas se rija por su ley nacional o por la del país de su residencia; un Estado puede juzgar las obligaciones contractuales según el Derecho del lugar en que debe cumplirse el contrato, otro según el Derecho del lugar en que aquél se concluya, otro según el Derecho del país en que resida el obligado". Y más adelante añade: "especialmente en asuntos de estatuto personal no es posible, por ideas de Derecho internacional, dar una preferencia al Derecho del país de origen frente al Derecho del (país) de residencia" (31). Niboyet, por su parte, no abriga muchas esperanzas de que el derecho internacional llegue a imponer en un futuro previsible, límites más precisos a la soberanía estatal. El considera "que los intereses políticos andan mezclados en el problema" (32).

(31) Martin Wolff. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Editorial Labor. Barcelona. 1936. p. 24.

(32) J. P. Niboyet. PRINCIPIOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. México, D. F. Editorial Nacional Edinal, S. de R. L. 1959. pp. 41-42.

Los límites del orden jurídico de los Estados que señala el derecho internacional, son los siguientes:

A.—Del Ambito Espacial de Validez.

El derecho internacional limita el territorio en que las sanciones establecidas por el derecho estatal pueden ser aplicadas (33).

B.—Del Ambito Temporal de Validez.

El derecho internacional nos dice cuándo ha nacido un Estado y cuándo ha dejado de existir (34).

C.—Del Ambito Personal de Validez.

La delimitación es en este caso indirecta, dice Kelsen. “Y tal determinación resulta del ámbito territorial de validez”. Esto en virtud de que las sanciones sólo pueden ejecutarse en individuos que se encuentran dentro del territorio del Estado (35).

D.—Del Ambito Material de Validez.

Verdross nos explica que las limitaciones del derecho internacional son en este aspecto muy ténues, razón por la cual se da una competencia material concurrente de los Estados. Sin embargo, este autor encuentra algunas limitaciones: “el Derecho internacional prohíbe ante todo a los Estados someter a su regulación los actos de señorío de otros Estados”. También indica que un Estado no puede “regular situaciones que no tengan ni una sola característica de índole interna”. (36).

La debilidad de los límites mencionados ha traído por consecuencia que los diferentes Estados regulen las mismas relaciones, dando lugar a una gran acumulación de competencias estatales. El derecho internacional resuelve este problema mediante el principio de la vinculación efectiva con el Estado en cuestión. Así resulta competente el Estado que puede aplicar su derecho porque las relaciones jurídicas situadas en su territorio le permiten hacerlo. Junto a la pobre-

(33) Kelsen. Op. Cit. pp. 219-221. (Verdross. Op. Cit. pp. 171-172).

(34) Kelsen. Op. Cit. pp. 230-231. (Verdross. Op. Cit. pp. 173-174).

(35) Kelsen. Op. Cit. pp. 245-246.

(36) Verdross Op. Cit. pp. 239-242.

za de las limitaciones del derecho internacional, cada derecho nacional ha señalado, por cierto no con mucha abundancia, los casos de competencia de sus propias leyes e inclusive en muchas ocasiones los casos de competencia de las leyes de los demás Estados. Al conjunto de estas normas jurídicas, formales o de aplicación, como las llama Salvioli, y que también se han denominado normas de conflicto de leyes, se le conoce con el nombre de Derecho Internacional Privado. Esta clase de normas, dice Quintín Alfonsín, "limita su función a resolver una cuestión previa de competencia, y sólo interviene en el destino de la relación jurídica extranacional (transnacional) indirectamente "(como si fuera una ventanilla de informes donde no se expenden boletos, pero donde se informa donde se expenden" (37). Se comprende fácilmente que estas normas no regulan las relaciones jurídicas transnacionales, sino que "en realidad, regulan relaciones entre leyes o entre Estados, deslindando la competencia legislativa entre los diversos Estados" (38).

"Ante el problema de si una determinada conducta de un Estado en esta materia es o no internacionalmente lícita, se responde diciendo que no está prohibida internacionalmente pues no se ha formado todavía una convicción común de los Estados por la que deba ser prohibida; pero no se afirma tampoco que esté internacionalmente permitida, pues se advierte que tampoco se ha formado una convicción común por la que esté permitida" (39).

Se ha olvidado advertir, en todas estas cuestiones, la existencia de la sociedad transnacional y del orden jurídico que la regula. La sociedad transnacional es, como la comunidad internacional, una sociedad supraestatal, pero está compuesta de individuos pertenecientes a distintas naciones. Su naturaleza supraestatal determina que su derecho se cier-

(37) Quintín Alfonsín. Op. Cit. p. 19.

(38) Quintín Alfonsín. Op. Cit. p. 19.

(39) Gabriel Salvioli. "Sobre la delimitación de la competencia legislativa en el ordenamiento internacional". REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO INTERNACIONAL. Madrid. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Vol. V. No. 2, 1952. pp. 437-450.

na también sobre el derecho nacional y lo limite. Las limitaciones que faltaban por el derecho internacional público, las encontramos en el orden jurídico de la sociedad transnacional. Al surgir la competencia de este orden jurídico, desaparece respectivamente la del orden jurídico nacional. Socialmente, la relación transnacional no pertenece a ninguna sociedad nacional y, por tanto, jurídicamente, no tiene competencia ningún derecho nacional para regirla. Es más, frente a un orden jurídico nacional, que no la incluya en algún precepto suyo, dicha relación transnacional no es una relación jurídica. Es, simplemente, una relación de la vida, una relación social. Pero contemplando la misma relación desde el punto de vista del orden jurídico de la sociedad a la que materialmente pertenece, adquiere con plenitud el carácter de relación jurídica. Con gran genialidad, J. Jitta había vislumbrado el problema: "la vida activa establece diariamente, entre todos los miembros de la familia humana —decía el gran jurista holandés— relaciones que requieren una sanción jurídica, mientras que el Derecho positivo solamente se ha desarrollado en el seno de los diversos grupos que dividen a la humanidad en un cierto número de naciones o Estados" (40).

¿Cuál es, en suma, el régimen jurídico que corresponde a la relación transnacional? Como expresa Quintín Alfonsín, no es, desde luego, el derecho de una sociedad nacional, porque ese derecho fue creado para satisfacer las necesidades de la sociedad nacional correspondiente (41). Si no es el derecho de ningún Estado, ni tampoco el derecho internacional público, sólo queda por concluir que es el derecho de la sociedad transnacional, único adecuado a la relación transnacional que adquiere así el rango de relación jurídica.

Claro está que la existencia de este derecho aún presenta múltiples inconvenientes, a saber: no está formulado concretamente como los códigos nacionales; se le mira con gran

(40) J. Jitta. METODO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. La España Moderna. Madrid.

(41) Q. Alfonsín. Op. Cit. p. 19.

recelo por parte de los Estados; tropieza con la arraigada tradición nacionalista de las normas formales o de aplicación del derecho internacional privado. Sin embargo, su postulación científica comienza a abrirse paso en la doctrina. El gran jurista uruguayo, Quintín Alfonsín, abre una etapa definitiva en este aspecto al pronunciarse en favor de la concepción privatista del derecho internacional privado, que es la que lo entiende como el derecho que regula la relación jurídica transnacional.

Pero si Alfonsín es el arquitecto que construye el nuevo edificio del derecho internacional privado, las bases fueron puestas por el jurista holandés J. Jitta. De esta manera se han complementado dos grandes esfuerzos. La inspiración que surgiera en Europa ha dado sus frutos en América y pronto será un propósito generalizado la finalidad que Jitta señalaba: "según esta manera de ver, los preceptos de nuestra ciencia no deben limitarse a optar entre diversas leyes, que estén en conflicto, sino que pueden separarse de todas ellas enunciando una regla de derecho que se aplique directamente a las relaciones jurídicas de los individuos, sin necesidad de referirse desde luego a una ley. En ese sentido más amplio, esta doctrina tiende a asignar a nuestra ciencia la misión de asegurar la aplicación armónica del derecho privado en la humanidad, a pesar de la diversidad de fuentes jurídicas y de la multiplicidad de jurisdicciones" (42).

(42) J. Jitta. *Op. Cit.* pp. 7-8.

CAPITULO II

PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- A.—NORMAS FORMALES Y NORMAS MATERIALES EN
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**
- B.—POSICIONES NACIONALISTAS.**
- C.—POSICIONES INTERNACIONALISTAS.**
- D.—POSICIONES INTERMEDIAS.**
- E.—LEGISLACION Y CODIFICACIONES INTERNACIONALES.**

NORMAS FORMALES Y NORMAS MATERIALES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El contenido del derecho internacional privado está constituido por el conjunto de las relaciones jurídicas transnacionales; ellas forman la materia que le es propia y determinan, por lo tanto, la fisonomía general que lo caracteriza.

No siempre, sin embargo, se ha concedido igual importancia a la relación transnacional. La preocupación fundamental de los teóricos fue, durante mucho tiempo, investigar el ámbito de los *statuta*: como en las ciudades italianas durante los siglos XII al XV; o de las *coutumes*, como en las provincias de Francia meridional durante el Siglo XVI. Con posterioridad, a partir del Siglo XVII, se trataron de dilucidar los límites de la vigencia que debe corresponder a las disposiciones legales del Estado Moderno.

Fue necesaria la obra del jurista alemán Federico Carlos de Savigny para que la atención doctrinaria se trasladara de modo principal a la relación transnacional. De ahí en adelante ya no se indagaría más acerca del ámbito de aplicación o de la esfera de competencia de las leyes. El problema central fue ocupado por la relación transnacional que demandaba una regulación jurídica conveniente y apropiada a sus circunstancias particulares. En dos principios fundamentó Savigny la construcción de un sistema de derecho internacional privado verdaderamente lógico y científico:

a) La relación transnacional debe estar provista de un derecho apropiado a sus necesidades;

b) ese derecho debe regirla en todas partes.

De ninguna manera resulta indiferente la adopción de este punto de vista. La lógica favorece al jurista alemán y está en contra de los estatutarios. Dificilmente se puede saber qué ámbito de aplicación merecen las leyes, si antes no se ha determinado qué ley debe regir a la relación jurídica. El problema expresado en último término ostenta prioridad lógica sobre el anterior. Una vez decidido que los bienes inmuebles se deben regir por la ley de su ubicación, podemos concluir que dicha ley, la de la ubicación, tiene efectos territoriales. Afirmar el efecto territorial o extraterritorial de una ley implica que antes hemos descubierto por cuál ley se regulan las relaciones jurídicas. Sin embargo, los Postglosadores, y antes los Glosadores, se dedicaron a estudiar los estatutos para clasificarlos de algún modo que permitiera, a fin de cuentas, decidir sobre sus efectos territoriales o extraterritoriales. Su esfuerzo, desde luego, no realizó el propósito buscado. La clasificación aceptada por ellos se basó, exclusivamente, en el objeto de los estatutos. Al estatuto referente a los derechos de las personas se le llamó "personal", admitiéndose que, por acompañar a la persona a todas partes, posee efectos extraterritoriales. A su vez, el estatuto referente a las cosas se denominó "real" y se consideró que poseía efectos territoriales, atendiendo sobre todo a los bienes inmuebles que no cambian de sitio.

Estas consideraciones condujeron más tarde a la conclusión equivocada de que todo estatuto con efectos extraterritoriales era estatuto personal; y que todo aquél que poseía efectos territoriales era estatuto real.

"Hay en este razonamiento un grave error... No se tiene en cuenta que no es preciso que un estatuto sea personal para producir efectos en el extranjero, ni, a la inversa, que un estatuto sea real para aplicarse a todos los que habitan en el territorio" (43). Además, tan estrecha clasificación deja afuera a numerosos estatutos cuyo objeto no lo forman ni las personas ni las cosas. Cómo considerar entonces a los estatu-

(43) Niboyet. O. C. p. 202.

tos que se refieren a las pruebas, a la forma de los actos, a las sucesiones, a los contratos, a la competencia judicial? Más aun, cómo clasificar aquéllos que tienen por objeto tanto a los bienes como a las personas? Al no poder ubicarlos en uno de los dos casilleros planteados, es imposible decidir sobre la territorialidad o extraterritorialidad de sus efectos.

Variadas y caprichosas son las soluciones para incluir a los estatutos en una o en otra categoría. Se tuvieron que inventar los estatutos mixtos. Bártolo descubrió que el estatuto referente a la forma de los actos es mixto de territorial y extraterritorial debido a que teniendo vigencia absoluta dentro del lugar de celebración del acto, sus efectos en cambio se extienden a todas partes; d'Argentré creó un estatuto mixto de personal y real puesto que concierne tanto a las personas como a las cosas, acordándole efectos exclusivamente territoriales debido a que, entre el elemento referido a las personas y el referido a las cosas, este último debe preferirse porque encierra en sí mismo mayor preponderancia.

Los razonamientos para considerar que determinado estatuto es mixto y por lo tanto territorial son tan forzados, que Merlin pudo decir con justicia que en el fondo todos los estatutos son mixtos. Clásico es el ejemplo que nos cita Quintín Alfonsín (44): el estatuto que establece la legitimación por rescripto del príncipe. Efectivamente, concierne a las personas pero se dice que también se refiere a los bienes porque confiere al legitimado un *status familiae* que le da derecho a heredar. Realmente la observación de Merlin es muy exacta. Por otra parte, no falta quien opine que todos los estatutos son personales.

Por qué ha fracasado el método que pretende clasificar las leyes para deducir después sus efectos territoriales o extraterritoriales? En primer lugar porque no toma en cuenta la realidad de las cosas; pretende incluir toda la gama de las leyes en sólo dos casilleros de una clasificación a priori: las personas y las cosas. Se ha olvidado que hay tantos tipos di-

(44) O. C. p. 81.

ferentes de leyes como clases distintas de relaciones jurídicas y que éstas son innumerables porque su contenido alude a los hechos mismos de la vida social. La vida no se puede someter a clasificaciones puramente racionales, anteriores a toda experiencia. Son las clasificaciones las que deben tomar en cuenta las circunstancias de la vida y adaptarse a ellas.

Savigny, a su vez, invirtió el orden de la investigación y confirió a la relación jurídica la importancia lógica que merece dentro del derecho internacional privado.

Sin embargo, su procedimiento admite algunas críticas. Es inobjetable, desde luego, el intento de aplicar a cada relación jurídica la ley más conforme con su naturaleza propia y esencial. El punto débil radica en la pretensión de encontrar esa naturaleza esencial en alguno de los elementos que integran la relación jurídica. El derecho apropiado resulta ser entonces el derecho del lugar donde tiene su asiento o su sede la relación jurídica, en virtud de estar localizado allí el elemento esencial de la relación. Ese lugar sería, como dijo más tarde Otto Gierke, "el centro de gravedad" de la relación jurídica.

Esta idea de Savigny no nos parece correcta. Por lo pronto, no siempre es fácil aplicarla. Así, por ejemplo, si hablamos de las relaciones jurídicas que afectan a los bienes, diremos que su centro de gravedad está en el lugar de ubicación; si nos referimos a la capacidad jurídica de las personas, concluimos que su sede está localizada en el domicilio. Pero llega el momento en que no es posible continuar de ese modo. Como nos dice Martin Wolff (45), "la consecuencia es que en muchas relaciones jurídicas puede dudarse acerca de dónde radica su sede, su centro de gravedad (obligaciones contractuales, derechos sobre res in transitu, etc.); tales dudas son inevitables cuando se emplean imágenes espaciales para designar cosas incorpóreas. La idea de Savigny no señala el camino que conduce a la meta, pero sí la orientación de la marcha".

(45) O. C. p. 46.

Orientados, pues, por el gran esfuerzo savigniano, es necesario tomar como centro de nuestras investigaciones a la relación jurídica transnacional, cuyo conjunto, como hemos dicho, forma el contenido del derecho internacional privado.

Recordemos que toda relación social, toda relación de la vida, solo adquiere el rango de relación jurídica cuando está prevista en una hipótesis normativa. Es en esa virtud que la relación jurídica forma un todo armónico e indivisible derivado de la norma de derecho.

Dejaremos que el maestro Oscar Morineau se exprese por nosotros: “Descubrimos que la relación concreta existente entre un sujeto activo determinado y un sujeto pasivo se funda invariablemente en la relación abstracta y prevista por la norma”.

“Si el orden jurídico dispone que el contrato de compra-venta se perfecciona cuando es inscrito en un registro o cuando es sancionado por determinada autoridad, decimos que mientras no se realizan estos hechos el pacto entre las partes no es capaz por sí sólo de crear una relación jurídica. Aquí vemos que la relación de hecho no es suficiente, por sí sola, para descubrir una relación jurídica concreta y que la relación de hecho es innecesaria para encontrar la relación existente entre el concepto de comprador y vendedor o, en general, entre el concepto de sujeto activo y el de sujeto pasivo. Por tanto, el elemento material puede estar solamente previsto o mencionado por la norma, aunque no exista como hecho social, mientras que tratándose de la relación jurídica concreta es necesario que exista una relación de hecho reconocida por el derecho; lo cual sólo significa que es necesario que se haya realizado el supuesto, un hecho”.

“Habiendo determinado —continúa el mismo autor— cuál es el origen de la relación jurídica concreta, ahora nos preguntamos, ¿qué es una relación jurídica entre sujetos? En el acto nos damos cuenta de que el sujeto pasivo es el obligado a prestar conducta (activa o pasiva) al sujeto activo y que éste es el facultado a exigir a aquél, porque es el que tiene

derecho a la conducta del sujeto pasivo. Esto sucede siempre, lo mismo tratándose de los derechos absolutos que de los relativos” (46).

Convendremos, pues, que cuando se realizan los hechos previstos en la hipótesis normativa, procede aplicar las consecuencias jurídicas que dicha norma dispone. Pero el mecanismo normativo que hemos descrito solo funciona cuando la norma es competente; a su vez, cada norma es competente si el ordenamiento jurídico al que pertenece es competente en el caso concreto, es decir, si coinciden en el ordenamiento jurídico que se pretende aplicar, los cuatro ámbitos de validez jurídica: material, personal, espacial, temporal.

Además, como todo ordenamiento jurídico se origina como respuesta a las necesidades de una sociedad determinada, tenemos que aceptar, inseparablemente unidos, los siguientes elementos: un hecho concreto de la vida social; la norma jurídica que lo regula; el orden jurídico al que dicha norma pertenece; y la sociedad que produce y contiene los tres elementos anteriores. La doctrina del derecho debe estudiar equilibradamente cada uno de los elementos mencionados, pues su conjunto caracterizará siempre el objeto de nuestros estudios jurídicos.

Refiriéndonos al derecho internacional privado, es necesario puntualizar que su objeto consiste en proveer el derecho de las relaciones transnacionales; la doctrina, por tanto, debe estudiar los elementos componentes de la sociedad transnacional; analizar la naturaleza y los detalles de las relaciones jurídicas que en ellas se producen; emprender la consideración del ordenamiento jurídico correspondiente; y, de éste último, precisar sus ámbitos de validez.

Hemos querido expresar nuestra idea personal acerca del derecho internacional privado y de su ciencia. Lejos estamos de formular una definición. La doctrina cuenta ya con gran número de autorizadas definiciones; será mejor cono-

(46) Oscar Morineau. EL ESTUDIO DEL DERECHO. México, D. F. Editorial Porrúa, S. A. 1953. p. 497.

cer la opinión de los grandes juristas para tener una idea de las características tradicionales del derecho internacional privado.

A continuación exponemos varias definiciones sobre lo que es nuestro derecho.

Asser: "El cuerpo de principios que determina cual ley es aplicable, sea a las relaciones jurídicas entre personas pertenecientes a diferentes estados, o a actos ejecutados en el extranjero, o, en resumen, en todos los casos donde haya una cuestión de aplicación de la ley de un estado dentro del territorio de otro".

Von Bar: "El derecho internacional privado determina la aplicabilidad de los sistemas legales y la jurisdicción de las cortes y de sus magistrados, pertenecientes a diferentes estados, sobre relaciones de derecho privado".

Foelix: "El cuerpo de reglas por el cual son juzgados los conflictos entre el derecho privado de diferentes naciones".

Story: "La Jurisprudencia derivada del conflicto de las leyes de diferentes naciones en su aplicación real y efectiva al tráfico y al comercio modernos".

Westlake: "Aquella parte del derecho nacional que surge del hecho de la existencia en el mundo de diferentes jurisdicciones territoriales con diferentes derechos".

Dicey: "Principios . . . que gobiernan la función extraterritorial de la ley o el reconocimiento de derechos".

Beale: "La rama del derecho llamada por conveniencia el conflicto de leyes, trata, principalmente, de la aplicación de las leyes en el espacio". . . . "Cada vez que se plantea una cuestión, sobre la aplicación a una situación jurídica de la ley de uno o de otro país, tal cuestión debe ser solucionada por los principios del conflicto de leyes".

Fiore: "La ciencia que establece los principios para resolver conflictos de leyes y para regular las relaciones mutuas entre sujetos de diferentes estados".

Savigny: "Las limitaciones locales a la autoridad de las reglas de derecho".

Rolin: "El cuerpo de reglas que define los derechos de los extranjeros y las respectivas jurisdicciones de las leyes de diferentes estados en todo lo que concierne a los derechos privados".

Pillet: "La ciencia que elabora la regulación jurídica aplicable a las relaciones internacionales de naturaleza privada".

"Un sistema de conciliación, destinado a fijar los límites racionales de la jurisdicción de las respectivas legislaturas (de los derechos nacionales) en todos los casos donde el comercio internacional ha producido un conflicto entre sus principios".

Bustamante: "El cuerpo de principios que determinan los límites en el espacio de la jurisdicción legislativa de los estados, cuando se aplica a relaciones jurídicas que podrían ser sometidas a cualquiera de las jurisdicciones; o más concisamente, la ciencia que limita la capacidad legislativa en el espacio". (47).

Incluimos ahora tres definiciones mexicanas:

Algara José: "El conjunto de principios positivos o filosóficos, que regulan las relaciones jurídicas, civiles y penales de los individuos sujetos a diversas leyes, estableciendo cuál de éstas debe preferir para resolver el conflicto" (48).

Pérez Verdía Luis: "Se llama Derecho Internacional Privado a una modalidad del Derecho Privado que tiene por objeto someter las relaciones sociales entre los individuos, a las reglas jurídicas que convengan a su naturaleza, o el conjunto de principios que definen los derechos de los extranjeros y la competencia respectiva de las diversas legislaciones, en lo que concierne a las relaciones internacionales de orden privado. En otros términos, el objeto de esta ciencia es el de

(47) Estas definiciones están tomadas de: Beale Joseph Henry. A TREATISE ON THE CONFLICT OF LAWS. New York, U.S.A. Baker, Voorhis & Co. 1935 pp.1-4

(48) Algara, José. LECCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. México, D. F. Imprenta de Ignacio Escalante. 1899, p. 7.

asegurar a las leyes nacionales su aplicación en las relaciones internacionales" (49).

G. Arce Alberto: "En concreto podemos decir que el Derecho Internacional Privado es la rama del Derecho que se ocupa de la persona en sus relaciones internacionales o interprovinciales, ya que en Estados Federales, como son los Estados Unidos Mexicanos, los conflictos surgen no solamente con los Estados Extranjeros sino con los Estados que integran la Federación" (50).

Parece ser que hay tres elementos fundamentales en las definiciones expuestas: a) las relaciones jurídicas transnacionales (aunque se las llame con otros nombres, tales como: relaciones internacionales de naturaleza privada; relaciones que contienen un elemento extranjero, etc., etc.); b) el derecho aplicable a estas relaciones; y c) los conflictos entre varios derechos aplicables (o sea, la delimitación de la vigencia de estos derechos).

Igualmente se aprecia que la regulación jurídica de las relaciones transnacionales no siempre es el objetivo principal. Hay criterios como en la definición de Pillet; en el concepto de Savigny; en las ideas de Beale; Story; Westlake; Dicey; y Bustamante, en que el principal cometido que se asigna al derecho internacional privado es el de resolver el conflicto de leyes, es decir, precisar en cada concreto cuál ley, de entre aquéllas que lógicamente pueden regular la relación, ha de aplicarse definitivamente. Lo cual, en otro modo de expresarse, viene a ser lo mismo que delimitar la esfera de aplicación de una norma legal. Sobre este aspecto, Salvioli nos aclara: "En rigor, no pueden haber conflictos de leyes puesto que toda ley forma parte del propio ordenamiento. Es por eso que se han criticado las expresiones arriba anotadas,

(49) Pérez Verdía, Luis. TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guadalajara, México, Tipografía de la Escuela de Artes y Oficios del Estado. 1908. p. 12.

(50) G. Arce, Alberto. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Guadalajara, Jalisco, México, Imprenta Universitaria. 1955. p. 10.

viéndoselas literalmente. Sin embargo, quieren significar una realidad: que de los diversos ordenamientos jurídicos, unos pretenden disponer sobre relaciones que también otros quieren regular, y a la inversa en caso de conflicto negativo" (51).

En cambio, la definición de Valery atribuye mayor importancia "a las relaciones jurídicas privadas que contienen un elemento extranjero". Aquí no se menciona el conflicto de leyes; se habla solamente de "La rama del derecho" que se ocupa de aquellas relaciones. Pero como el derecho puede encuadrar las relaciones jurídicas en dos tipos diferentes de normas: las formales y las materiales, a cuál de los dos aludiremos con el objeto de caracterizar al derecho internacional privado? Si hemos de resolver esta pregunta, veamos primero qué son normas formales y qué son normas materiales.

Se entiende que la norma de carácter formal indica cuál orden jurídico es competente en un caso concreto. No señala, en ningún caso, la solución jurídica inherente a las relaciones. Por eso, Salvioli las denomina normas de aplicación y Quintín Alfonsín señala que su función consiste en conferir validez a otras normas para regular las relaciones sociales.

En cambio, norma material es la que contiene el derecho substantivo inherente a la relación, es decir, lo expresa directamente. Su validez y competencia —como dice Alfonsín— se consideran supuestas en virtud de una norma formal.

Esta primera distinción lleva consigo nuevas diferencias entre las normas formales y materiales, fácilmente apreciables cuando se analiza más de cerca la estructura lógica de la norma jurídica.

Consecuentemente, recordemos que toda norma se compone de hipótesis y consecuencia. Aquélla determina el conjunto de relaciones jurídicas incluídas en la norma y a las que, necesariamente, se les deben aplicar las disposiciones expresadas en la segunda parte de la norma, es decir, la conse-

(51) Gabriel Salvioli. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, Vol. V, número 2, 1952, pp. 437-450.

cuencia. A las partes indicadas, la terminología moderna alude con las palabras **categoría** (hipótesis) y **disposición** (consecuencia).

Las normas, por tanto, se clasificarán de acuerdo con las distintas modalidades que puedan revestir tanto la categoría como la disposición. O sea, según los distintos modos de la categoría para referirse a un grupo de relaciones jurídicas; y según los distintos modos de la disposición, para disponer el derecho inherente a la categoría.

Dejando a un lado, por lo pronto, el primer punto de vista, que fácilmente sugiere la existencia de normas ampliamente comprensivas de relaciones jurídicas; normas medianamente comprensivas; y normas muy detalladas, pasemos a estudiar la clasificación a que da origen la disposición.

1) Será norma **directa** aquélla que disponga directamente el derecho inherente a la relación. Indirecta, la que señale otro ordenamiento jurídico en el que deba buscarse el derecho inherente a la misma relación.

Como se ve, la norma indirecta es la norma formal, porque atribuye competencia. La directa, en cambio, es material, porque ya es competente.

2) Las normas indirectas se subdividen a su vez, por la manera de señalar el ordenamiento jurídico competente, en **concretas** y **abstractas**.

a) Son concretas cuando ellas mismas individualizan el ordenamiento jurídico indicado. (Ejemplo: los habitantes del Distrito Federal deben regir su estado y capacidad por la ley mexicana).

b) Son abstractas cuando en lugar de individualizarlo ellas mismas, se atienden a un punto de conexión que debe aciararse en cada caso particular. (Ejemplo: la capacidad jurídica de los extranjeros se rige por la ley de su domicilio. Adviértase que la ley del domicilio puede ser la mexicana, la norteamericana, la francesa o cualquiera otra, según el caso particular).

3) Por el modo de atribuir competencia, las normas indirectas se dividen en:

a) Unilaterales o imperfectas: indican la aplicabilidad del derecho que las formula y del forman parte, pero no dicen nada sobre la competencia de órdenes jurídicos ajenos. Se llaman también atributivas. (Ejemplo: Los habitantes del Distrito Federal deben regir su estado y capacidad por la ley mexicana).

b) Multilaterales o perfectas: indican la aplicabilidad de cualquier orden jurídico. Se les denomina también distributivas, puesto que distribuyen la competencia de todos los derechos del mundo. (Ejemplo: la capacidad jurídica de los extranjeros se rige por la ley de su domicilio).

Toda norma concreta es al mismo tiempo unilateral, y toda norma abstracta es siempre multilateral.

Como se comprenderá, el punto de conexión es importantísimo en las normas abstractas, al grado de que si no llegáramos a precisarlo, jamás sabríamos cuál es el derecho aplicable. Martín Wolff indica: "La cuestión acerca de qué Derecho deba aplicarse se resuelve teniendo en cuenta ciertas circunstancias de las personas, las cosas o los actos con un determinado territorio. Con estas circunstancias (como domicilio, nacionalidad, lugar de celebración del contrato) se conecta la solución y, por lo tanto, el Derecho aplicable. De allí su nombre de conceptos de conexión (hechos de conexión, elementos de conexión)" (52).

Pero volvamos a la pregunta inicial. ¿Cuáles normas constituyen el derecho internacional privado? ¿Las materiales? ¿Las formales?

Algunas de las definiciones mencionadas anteriormente no dejan lugar a dudas. Se inclinan en favor de las normas formales. Claramente se perfila esta característica en Beale: "...trata principalmente de la aplicación de las leyes en el espacio... Sobre la aplicación a una situación jurídica de la ley de uno o de otro país..." En Asser: "...cuerpo de prin-

(52) Wolff. O. C. p. 69.

cipios que determina cuál ley es aplicable..."; en Bar: "...determina la aplicabilidad de los sistemas legales y la jurisdicción de las cortes..."; en Pillet: "...destinado a fijar los límites racionales de la jurisdicción de las respectivas legislaturas..."; etc, etc. Estas opiniones son mayoritarias, se han vuelto tradicionales y constituyen, por consiguiente, el pensamiento clásico del derecho internacional privado.

Queda la otra solución: adherirse a las normas materiales. Se le ha admitido sólo recientemente y se le conoce con el nombre de solución privatista.

De nueva cuenta estamos ante una disyuntiva ¿Es aceptable la solución clásica? O bien, ¿Es correcta la solución privatista? Advirtamos, antes de continuar, que hay una oposición definitiva entre ambas soluciones. Así se desprende de la clasificación de las normas que dejamos planteadas con anterioridad. Por irreconciliables, tendremos que escoger una y rechazar la otra.

La solución clásica supone un sistema completo de normas formales. Por lo tanto, de acuerdo con su lógica jurídica, el derecho internacional privado distribuye la competencia de las diversas legislaciones. Es por eso que para saber cuál derecho material ha de aplicarse a la relación jurídica objeto de la norma, tienen que consultarse sucesivamente dos tipos diferentes de normas, pertenecientes a órdenes jurídicos diversos: primero, las normas indirectas del derecho internacional privado; y, segundo, las normas directas señaladas por aquéllas a través de su punto de conexión. Si resulta señalado el derecho mexicano, éste será el aplicable, si resulta indicado el derecho inglés, éste será el aplicable, etc., etc.

Debido al papel que desempeña el punto de conexión, es obvio que, cuando una relación carece de elementos extranjeros, nunca se aplicará derecho extranjero; siempre se le aplicará el derecho nacional a cuyo orden jurídico pertenezcan las normas indirectas. A la inversa, cuando una relación se compone exclusivamente de elementos extranjeros, jamás se le aplicará derecho nacional. Se precisa entonces deter-

minar el punto de conexión para saber, en concreto, qué derecho extranjero se estima competente. Igual operación se necesita cuando la relación cuenta, a la vez, con elementos nacionales y extranjeros. De todas formas, a la relación se le aplica siempre un derecho nacional conectado con ella, solución que nos parece inaceptable en el caso de que la relación contenga elementos extranjeros. Para explicar esta conclusión, resolvamos antes la siguiente disyuntiva: o a todos los elementos de la relación se les confiere el mismo trato y se aplican los varios derechos con los que está conectada; o bien se les otorga un trato desigual, y se aplica a la relación sólo un derecho, a costa de nacionalizar los demás elementos. Mas esta solución sólo se justifica si el elemento elegido como preponderante, fuera en realidad preferible, superior en sí mismo a los demás. Pero ya hemos visto que la relación forma un todo armónico cuando encaja en la norma jurídica; ésta, a su vez, pertenece a un ordenamiento jurídico unitario, el cual encaja también en una determinada sociedad. En consecuencia, no es posible desmembrar la relación en partes separadas, ajustadas cada una a derechos distintos, porque correría el riesgo de recibir soluciones contradictorias. Tampoco se pueden nacionalizar los elementos extranjeros, porque no pertenecen a la sociedad nacional y, frente a ellos, jurídicamente, no tienen validez las normas nacionales.

Toda relación con elementos extranjeros rebasa la sociedad nacional. En otras palabras, no pertenece a ella, atraviesa sus ámbitos, está por encima de ellos, constituyendo con toda propiedad una relación transnacional.

Ateniéndonos a los postulados científicos de Savigny, rechazamos la solución clásica porque se muestra incapaz de proporcionar un derecho adecuado a las necesidades de la relación transnacional.

Debemos enfrentarnos, ahora, con la solución privatista. Tenemos que examinar, entonces, un sistema de derecho internacional privado compuesto exclusivamente de normas directas; es decir, de normas que no confieren competencia a

ninguna otra, sino que siendo ellas mismas competentes, disponen el derecho inherente a la relación y, por lo tanto, carecen de punto de conexión.

A primera vista se observa el sencillo mecanismo de las normas directas. No es necesario consultar sucesivamente dos tipos de normas como en la solución clásica. Se aplicará solamente una norma directa y evitaremos un rodeo. Pero esta conveniencia práctica no demuestra por sí misma, la procedencia de la solución privatista. Su aceptabilidad tendremos que fundarla en razones jurídicas, de acuerdo con la relación transnacional. Para tal fin, debe investigarse, ante todo, si el sistema de derecho internacional privado de normas directas forma parte de un orden jurídico nacional, o bien, si pertenece a un orden jurídico supranacional que llamaremos, provisionalmente, internacional.

En consecuencia, dejamos nuestra respuesta para contestarla en los incisos próximos.

Dediquémonos mientras a investigar un criterio adecuado para reconocer a la relación transnacional, piedra de toque de nuestro derecho.

La realidad sociológica nos proporciona un criterio absoluto, según el cual indicamos qué relación transnacional es la que tiene un elemento extranjero, cualquiera que éste sea. Por sí misma, la relación nos revela si es o no transnacional. De acuerdo con este criterio, son transnacionales las siguientes relaciones:

Un contrato de arrendamiento celebrado en México entre arrendatario extranjero y arrendador mexicano. El mismo contrato anterior siendo el arrendatario mexicano y el arrendador extranjero. Un contrato de compraventa celebrado en México, entre mexicanos, sobre bienes situados en Cuba. Un matrimonio de mexicanos celebrado en el extranjero. Un matrimonio de extranjeros celebrado en México. Un matrimonio celebrado en México entre mexicano y extranjera. Un intestado en el que surja algún heredero extranjero. Una sucesión testamentaria que señale herederos extranjeros. Una letra de cambio emitida en México y pagadera en el extranjero. Una letra de cambio emitida en el extranjero y

pagadera en México, etc., etc. Por lo tanto, todas estas relaciones deben ser regidas por las normas del derecho internacional privado.

Desde otro punto de vista, o sea, según el criterio positivo de cada orden jurídico nacional, será relación transnacional aquélla que efectivamente esté prevista en las normas del derecho internacional privado de tal orden jurídico. De manera que no basta la presencia de un elemento extranjero en la relación, sino que además resulta indispensable una verdadera previsión en la hipótesis normativa.

Consecuentemente, los ámbitos asignados al derecho internacional privado por ambos criterios no coinciden, pues mientras el punto de vista absoluto le asigna un ámbito a plúsimo que sobrepasa la medida de cada orden jurídico nacional, el punto de vista positivo le hace coincidir con los ámbitos de validez de aquellos órdenes jurídicos.

Entre ambos criterios hay mucha diferencia. Por un lado, el criterio absoluto contempla la realidad social y nos entrega en su totalidad el hecho evidente de la existencia de relaciones que poseen elementos de distintas sociedades, es decir, elementos extranjeros. Por el otro, el criterio positivo mutila esa realidad, la divide y pretende olvidar que ella existe más allá de las disposiciones normativas de cada nación. Escoger entre ambos, implicará, por tanto, elegir entre una posición realista y una postura que niega la realidad. Así la disyuntiva, escogemos el criterio realista, el sociológico.

La elección hecha está llena de importantes consecuencias. Negar o reconocer la realidad no es indiferente al derecho. Sobre todo cuando los hechos sociales reclaman, como en este caso, la necesidad de su apropiada regulación jurídica, a riesgo de inferir graves trastornos a la vida humana. Tal es el sentido en que afirmamos que los hechos de la sociedad transnacional revelarán, tarde o temprano, la fuerza normativa de la que van provistos.

POSICIONES NACIONALISTAS

Además de la polémica sobre los tipos de normas, el derecho internacional privado se debate entre el nacionalismo

y el internacionalismo. O la relación se rige por un derecho privado nacional, o se regula con un derecho verdaderamente internacional. Empleamos este vocablo para expresar que se trata de un derecho que hace respetar su validez frente a los ordenamientos nacionales, o sea, un derecho supranacional.

Tenemos que saber si frente a una relación transnacional son válidas las normas nacionales de derecho internacional privado. Pero como las normas pueden ser formales o materiales, la cuestión planteada se divide en dos y hay que averiguar, por lo tanto, la validez de un sistema nacional de normas formales y la de un sistema nacional de normas materiales. En otras palabras, tenemos que juzgar a un nacionalismo clásico y a un nacionalismo privatista.

Desde el punto de vista del nacionalismo clásico, se arguye que la competencia de la propia legislación no puede quedar al arbitrio de un poder ajeno. Cada poder legislativo debe indicar, a través de las normas formales de conflicto de leyes, la extensión de los ámbitos de validez del derecho nacional. En esa virtud, debe consultarse primeramente el sistema nacional de conflicto de leyes, para aplicar con posterioridad el derecho material que resulte en ellas indicado. Sólo a través de este doble camino puede saberse si a una relación se le aplica derecho material nacional o extranjero. Por lo tanto, a la relación transnacional se le nacionaliza o se le abandona al derecho extranjero, digamos, se le extranjeriza. En cualquier forma, la conclusión es lamentable por el desconocimiento que implica de la sociedad transnacional y, sobre todo, porque deja la regulación jurídica del *commercium* internacional a las voluntades distintas y cambiantes de los Estados, lo que significa privarlo de la seguridad jurídica y abandonarlo a la anarquía y al desorden.

Esta teoría supone también que cada Estado debe tener sus propias normas de conflicto de leyes. Por ello Wolff enseña que "tal derecho internacional privado no es verdaderamente derecho internacional, sino alemán, inglés, italiano,

etc" (53). Así mismo, no falta quien opine que tampoco es derecho privado, ya que las normas de conflicto resuelven una cuestión de competencia entre diversos órdenes jurídicos, lo que en realidad poco concierne, o más bien, concierne sólo indirectamente a los intereses privados de los particulares.

De esta manera se niega toda sumisión del derecho nacional a un derecho supranacional. Particularmente se niega la sumisión en esta materia al derecho internacional público. Se argumenta que faltan precedentes para que el derecho internacional público establezca obligaciones jurídicas a los Estados en materia de conflicto de leyes. "Esta es la causa, dice Niboyet, de que en un país la capacidad de los individuos esté sometida a la ley de su domicilio, en otro a la de su nacionalidad; y que a las sucesiones se aplique, ya la ley de la situación de los bienes, ya la del país de origen del causante. No existe ningún principio que obligue a un Estado a adoptar una solución con preferencia a otra; él es único juez de sus intereses; y al proceder así, no infringe ninguna obligación internacional" (54).

Sobre el mismo asunto Wolff se expresa contradictoriamente: "Un principio hay, sin embargo, que se basa en la idea de la comunidad de Derecho internacional: todo Estado ha de mantener su Derecho internacional privado dentro de unos límites compatibles con el espíritu de la comunidad internacional". Pero más adelante añade que "no es posible afirmar todavía que aquel principio fundamental sea ya 'Derecho' (Derecho internacional)" (55).

El nacionalismo clásico encierra muchas contradicciones que lo vuelven inaceptable. Desde el punto de vista de las relaciones jurídicas, debe criticársele porque no es apropiado para las relaciones transnacionales. Sólo está elaborado, en efecto, para regir las relaciones nacionales y satisfacer las necesidades y los problemas jurídicos de la sociedad nacional. Aún más, de acuerdo con el mecanismo de las normas forma-

(53) O. C. p. 19.

(54) O. C. pp. 38-39.

(55) O. P. pp. 24-25.

les o indirectas, se atribuye una función que no le corresponde. Consideremos nuevamente que este tipo de normas limita la competencia de todos los derechos del mundo. Esto es así aún en el caso de las normas unilaterales, porque cuando un orden jurídico se autolimita, implícitamente determina la competencia de todos los demás. Esta función no puede corresponder al derecho nacional. Sólo un orden jurídico superior puede señalar esos límites a los órdenes inferiores. Estos, colocados en pie de igualdad, no pueden reclamar preeminencia alguna. ¿O qué acaso podría esgrimirse, en este sentido, que el derecho mexicano es superior al cubano o al norteamericano? Si el conflicto se presentara entre las leyes mexicanas y las argentinas ¿sería correcto que el derecho peruano resolviera el conflicto? Asimismo, si el problema se planteara entre el derecho peruano y el mexicano, ¿podría el Perú resolverlo unilateralmente? Ningún Estado puede ser juez de los demás ni, por supuesto, es procedente que actúe como juez en causa propia. Por otra parte, el nacionalismo clásico está de acuerdo con la voluntad del Estado. Pero si bien ésto no es criticable en sí mismo, con respecto a las relaciones transnacionales y al *commercium* internacional que ellas constituyen, ofrece un porvenir inseguro y precario. Ya se ha insistido últimamente en que el derecho fundado exclusivamente en la voluntad estatal no es propiamente derecho, toda vez que "lo que la voluntad hace, puede ser deshecho por una voluntad contraria" (56).

Por lo que toca al nacionalismo privatista, esta posición supone que las normas del derecho internacional privado deben ser directas y afirma, asimismo, que deben formar parte de un orden jurídico nacional. Ello traerá por consecuencia que el derecho nacional se divida en dos grupos de leyes: uno aplicable a las relaciones nacionales, y el otro aplicable a las relaciones transnacionales que el Estado menciona. Históricamente, el derecho romano presenta con claridad esta situación, realizada en la existencia del *Ius civile* y del *Ius gentium*. En Roma nunca se planteó el conflicto de leyes, ni los

(56) Charles de Visscher. Citado por Alfonsín en la obra citada.

juristas romanos pensaron jamás en la posibilidad de aplicar el derecho extranjero. Sin embargo, las conquistas y el trato comercial con otros pueblos dieron lugar a muchas situaciones que demandaban protección jurídica, la cual no podía otorgarse a través del *Ius civile* porque éste era posesión sagrada de los ciudadanos romanos. Fue así como surgió el *Ius gentium*, que formaba parte del orden jurídico de Roma y que como tal fue aplicado por sus jueces a las relaciones con los extranjeros.

Se ha querido justificar el nacionalismo privatista, basándose en la consideración de que todo Estado es, dentro de su territorio, el representante de la justicia nacional e internacional; "es, como dice Jitta, a un mismo tiempo, órgano de la sociedad nacional y representante del poder público de la humanidad" (57). Para nosotros, el argumento no justifica nada porque el Estado, en realidad, representa a su manera al poder público de la humanidad y elabora el derecho internacional privado de acuerdo con sus propios conceptos, digamos de acuerdo con su propia conciencia jurídica. De ahí que tenga completa libertad para modificarlo, de la misma manera que puede cambiar a su arbitrio el grupo de leyes aplicable a las relaciones nacionales.

Debido a su carácter nacional, rechazamos el nacionalismo privatista porque no proporciona un derecho adecuado a las relaciones transnacionales. En verdad, todo derecho nacional merece esta crítica, debido a que los Estados, como hemos dicho, no pueden apartarse de su propia conciencia jurídica ni dejar de considerar las necesidades e intereses de la sociedad nacional.

Sin embargo, debido a la característica de las normas materiales, esta solución es, cuando menos, más lógica que el nacionalismo clásico, ya que no pretende resolver ningún conflicto de leyes ni atribuir o distribuir la competencia de los diversos órdenes jurídicos, función que corresponde, según ya dijimos, a un orden jurídico superior. Pero también la consideramos inaceptable porque ella supone la competen-

(57) O. C. pp. 185-186.

cia territorial de las leyes, y este hecho, unido a la circunstancia de que cada Estado cuenta con su propio derecho internacional privado, traerá por consecuencia la división de la realidad jurídica en bloques estatales, que como islas amuralladas, no dejarán posibilidad alguna al intercambio y al desarrollo del *commercium* internacional.

Finalmente, concluimos que el nacionalismo del derecho internacional privado, cualquiera que éste sea, no cumple con los postulados científicos de Savigny, puesto que no proporciona para la relación transnacional un derecho adecuado a sus necesidades, ni un derecho único que la rija en todas partes.

POSICIONES INTERNACIONALISTAS

Una vez rechazadas las teorías nacionalistas, faltan por analizar las posiciones internacionalistas. Con tal fin, volveremos a citar la distinción entre un sistema de normas indirectas y uno de normas directas, que nos llevará a estudiar por separado los dos aspectos del internacionalismo: el clásico y el privatista. Pero antes de iniciar este análisis, recordemos que la palabra "internacionalismo" la usamos para expresar la existencia de un orden jurídico superior a los ordenamientos de los Estados nacionales, es decir, de un orden jurídico supranacional o supraestatal.

Ya bajo el aspecto clásico, el internacionalismo supone que las normas indirectas de conflicto de leyes pertenecen al orden internacional. Esto significa que la vigencia del derecho nacional está limitada por normas superiores y que, por lo tanto, la distribución de competencias entre el derecho de todos los países resulta ajena a sus voluntades particulares. En consecuencia, el cumplimiento de esta función distributiva exigirá que las normas del derecho internacional privado sean abstractas, en otras palabras, que su funcionamiento se realice a través del punto de conexión.

La teoría expuesta encierra dos ventajas. En primer lugar, evita la incongruencia que surge cuando el derecho nacional limita y distribuye la competencia de otros derechos na-

cionales que, junto con aquél, comparten igualdad de rangos jurídicos. Ciertamente, la única salida a este problema es la existencia de normas superiores que desempeñen la función indicada. En segundo lugar, proporciona unidad a las soluciones del conflicto de leyes. Efectivamente, si se cuenta con la existencia de una sola norma superior que disponga, por ejemplo, que a la compraventa se aplique la ley del domicilio del vendedor (y que al mismo tiempo defina qué se entiende por domicilio), poco importará dónde se realice dicho contrato, ni tampoco importará el lugar de ejecución, ni tampoco el lugar donde se reclame judicialmente su cumplimiento. Siempre se aplicará la ley del domicilio señalado en la norma internacional de conflicto de leyes, supuesto que su disposición es obligatoria para todos los derechos nacionales. Todavía apreciaremos más esta ventaja si consideramos que ella nos conduce a la aplicación de un derecho nacional único que regirá la relación transnacional en todas partes, con lo que, naturalmente, se satisface uno de los dos postulados científicos en que nos hemos fundado.

Parece, por lo tanto, que la relación transnacional se halla en el camino para resolver sus problemas. Ya cuenta con un derecho único que le otorga la seguridad jurídica indispensable a su correcta existencia. ¿Contará también con el derecho apropiado a sus circunstancias transnacionales? Según el internacionalismo clásico la respuesta tendrá que ser negativa. Para ello veamos cómo se divide el panorama de los distintos órdenes jurídicos en dos campos diversos. En un lado se encontrará el conjunto supranacional de normas indirectas, formales, cuya función consistirá en la distribución de competencias. En el otro campo encontraremos a un sinúmero de ordenamientos nacionales compuestos en su gran mayoría de normas directas, cuya competencia resultará limitada por las normas del primer grupo. Este formará el derecho internacional privado, y aquél formará exclusivamente derechos nacionales.

Lo anterior significa que la relación transnacional debe ser sometida, en primer término, al derecho internacional

privado supranacional, el cual escogerá uno de los múltiples derechos nacionales cuya competencia distribuye. En segundo lugar, aplicaremos a dicha relación el derecho que haya resultado competente, o sea, las normas directas de un derecho nacional.

Poco importará, en consecuencia, que el Estado mantenga en vigor, dentro del orden interno, dos grupos de normas jurídicas, aplicable uno a las relaciones nacionales y otro a las transnacionales; o bien, que decida aplicar a éstas dos clases de relaciones el único grupo de normas internas existente. En todo caso, se tratará de derecho nacional, inadecuado a las relaciones transnacionales. Ya hemos dicho que tanto el Estado como la sociedad nacionales, elaboran un derecho en atención a sus propios problemas jurídicos, de acuerdo con sus intereses particulares y en respuesta a sus necesidades exclusivas. Como estos elementos permanecen unidos en la trama social, resulta imposible que el Estado se despoje de los criterios jurídicos que le otorga su propia existencia. Por eso, cuando crea derecho, o mejor dicho, cuando contribuye a expresar el derecho, sólo expresa derecho nacional, muy ajeno, por tanto, a las necesidades e intereses de la sociedad transnacional y sus relaciones específicas.

Hemos supuesto en este análisis que el internacionalismo clásico proporciona un derecho único a la relación transnacional. De todas formas, no aceptamos el internacionalismo clásico porque no puede proporcionar a la relación transnacional un derecho adecuado a sus necesidades.

Nos queda como última solución el internacionalismo privatista, que postula un sistema compuesto de normas directas pertenecientes a un orden supranacional, más exactamente, al orden de las relaciones transnacionales. En consecuencia, podemos decir que se trata de un verdadero derecho transnacional.

Desde este punto de vista, desaparecen los problemas referentes al conflicto leyes, en virtud de que las normas del derecho transnacional son directas. Su competencia la da

mos por supuesta al tratarse del derecho que la sociedad transnacional elabora para satisfacer sus necesidades jurídicas. No se trata, pues, de un derecho designado eventualmente por algún punto de conexión, sino del único derecho competente que rige a la relación en todas partes y que de forma natural resulta apropiado a sus condiciones. Pero como la sociedad transnacional se constituye a través del territorio de varios Estados, se hace indispensable que haga valer su competencia frente al derecho nacional, que la imponga y la haga respetable cuando aparezcan pretensiones indebidas por parte del Estado para aplicar su derecho a la relaciones transnacionales. Por ello decimos que su vigencia es supraestatal.

Si comparamos el esquema del internacionalismo privatista con los principios fundamentales que Savigny señaló para la construcción de un sistema de derecho internacional privado verdaderamente lógico y científico, veremos que esta posición es la única aceptable porque cumple puntualmente con todas las exigencias de la lógica jurídica. En efecto, precisamente ella proporciona:

- a) un derecho apropiado a las necesidades de la relación transnacional, y;
- b) un derecho que la regula en todas partes.

La conclusión a que hemos llegado exige algunas observaciones importantes, particularmente porque ella contradice la idea de la soberanía absoluta del Estado.

Dijimos en el primer capítulo que los órdenes jurídicos nacionales están limitados parcialmente, en cuanto a sus ámbitos de validez, por el derecho internacional público, entendiéndose como tal un conjunto de normas aplicables sobre todo a los Estados y demás entidades soberanas. Contrariamente, los órdenes jurídicos nacionales se refieren sobre todo a las personas individuales. De ahí que las limitaciones aludidas sean escasas y de carácter indirecto.

Es por eso que tenemos que recurrir al derecho internacional privado para precisar con mayor exactitud los ámbitos de validez del derecho nacional.

Asimismo, en razón de esta necesidad de precisión, nos hemos visto forzados a rechazar la concepción clásica y las posiciones nacionalistas en derecho internacional privado, porque ellas reflejan claramente las características formales e indirectas ya observadas en el derecho internacional público. No se puede llegar a saber con estos puntos de vista formales cuáles son los ámbitos de validez del derecho nacional. Todo concepto formalista del derecho, que deduzca de unas cuantas normas de competencia la repartición de la realidad jurídica en parcelas nacionales, nunca podrá cumplir su cometido porque la realidad es en sí mucho más compleja que el funcionamiento de las normas formales, las que a su lado parecen simplistas. Claro está que los criterios utilizados como puntos de conexión, reducidos, en síntesis, a las personas, espacios, materias y tiempo, aportan gran utilidad; pero siempre y cuando hundan sus raíces en la realidad social que da origen a todo derecho.

De acuerdo con el criterio sociológico, que desde el punto de vista lógico-formal se ha denominado metajurídico, en realidad se invierten todas las conclusiones de los sistemas tradicionales. Neguemos ante todo que nuestro punto de vista sea metajurídico, porque no es posible entender que el derecho exista sin el hombre, es decir, sin el hombre agrupado en sociedad. El derecho es una necesidad humana, nacida precisamente de la interdependencia y de la solidaridad. Por eso, lo que merece llamarse metajurídico es, en todo caso, el sistema de normas que no se refiere a las relaciones interindividuales. De ahí que deba admitirse que el derecho internacional público configura un sistema artificial mientras se le considere solamente como regulador de las relaciones entre comunidades soberanas. Igualmente nos parece artificial el derecho internacional privado, en cuanto se piensa que constituye un sistema de normas de conflicto de leyes encargadas de regular relaciones entre legislaciones independientes y no relaciones entre individuos.

¿Cómo, entonces, limita el derecho internacional privado los ámbitos de validez del derecho nacional? Para ello recu-

rrimos al concepto que nos brinda el internacionalismo privatista, de un derecho que surge de la sociedad transnacional y que resulta apropiado para regir las relaciones interindividuales que la componen. Este derecho limita al derecho de cada nación en la medida en que la sociedad transnacional limita a las sociedades nacionales. Ello equivale a reconocer que las limitaciones de los ámbitos de validez de todo orden jurídico se realizan por el hecho de la interpenetración social. "Por consiguiente, una norma de Derecho es competente (y válida) sólo cuando se aplica a relaciones jurídicas cuyos elementos —sin excepción— pertenezcan al orden jurídico de dicha norma; o desde el punto de vista natural, cuando se aplique a relaciones jurídicas que se desarrollen íntegramente dentro del marco de la sociedad donde rige ese Derecho. La competencia válida o volumen de la norma no ha de ser entonces, necesariamente espacial, si bien por generalización se admite que es así suponiendo que los hombres y las sociedades nunca cambian de lugar" (58).

La interpenetración social nos ayudará a contestar todos los argumentos basados en la soberanía del Estado y en contra de la validez del derecho transnacional. Debe repetirse continuamente que son los mismos individuos los que forman parte de la sociedad nacional y de la transnacional, así como también forman parte, al mismo tiempo, de sociedades más reducidas como la provincia, la ciudad y la familia. Siendo, pues, los mismos hombres los que componen todas esas comunidades, ¿podría pensarse acaso que entre ellas existen antagonismos irreconciliables? De ninguna manera, porque los hombres no pueden asumir, en este caso, conciencias contradictorias. Ello iría contra su propia integridad. En consecuencia, debemos admitir que las sociedades se subordinan unas a otras; las más pequeñas a las más amplias, y que éstas limitarán la competencia del derecho de la más pequeña y, así mismo, la sociedad que sea universal o totalmente comprensiva de las demás, será la que limite a todas y la que juzgará

(58) Quintín Alfonsín. EL ORDEN PUBLICO. Montevideo, Peña y Peña Imprenta, 1940, pp. 88-89.

si el derecho de las inferiores carece o no de validez. Será válido cuando armonice con el ordenamiento superior. No tendrá validez si, en cambio, lo contradice, debido a que toda contradicción sería el síntoma de un antagonismo antinatural de la sociedad menor hacia la sociedad mayor. Por lo demás, no nos costará mucho trabajo habituarnos a estas ideas si recordamos la unidad y subordinación que se observan en la estructura de los Estados nacionales unificados bajo el sistema federativo.

Consideremos ahora que el derecho transnacional no encaja en los moldes tradicionales del derecho internacional público. De ahí que por lo pronto se le vea con recelo y se le niegue. Pero como la realidad no puede ser ignorada por más tiempo, se ha iniciado ya una revisión cuya orientación procura demostrar que la persona humana es el verdadero sujeto tanto del derecho internacional público como de cualquier otro. Se recorre un camino que va desde sostener que el individuo solamente es objeto del derecho internacional público, hasta considerar que es el principal sujeto de sus normas y de sus relaciones. Como se comprenderá, esta evolución tiene que destruir muchos conceptos aceptados y derrumbar muchas instituciones consagradas; entre ellas, la soberanía absoluta del Estado.

Por otra parte, la revisión del derecho internacional público surgió de modo natural una vez que se comprobó que no podía cumplir con sus principales atribuciones. El "Jus Inter Potestates" condujo a resultados lamentables al no poder establecer el respeto debido a sus disposiciones normativas, cuyos postulados se ignoraron durante el violento acontecer de dos guerras mundiales. La contemplación de tales hechos llevó al estudio de las bases de un nuevo sistema, comenzando por rechazar las posibilidades funcionales y la viabilidad de la noción de la guerra justa, la que, desde 1919, demostró ser un concepto verdaderamente irracional. Por ello se busca últimamente encontrar cuál es el correcto significado de las funciones del derecho internacional público, o lo que es lo mismo, se busca reestructurarlo de manera que resulte útil y eficiente para el mundo contemporáneo.

El jurista francés George Scelle expuso en 1923 la idea fundamental de crear un programa orgánico del derecho internacional apoyado en la hipótesis de que podía hablarse de verdaderas funciones sociales dentro de este derecho. A partir de entonces ya no se duda de la importancia de las nociones de organismo y función, que han dado relevancia a las conexiones existentes entre los órganos titulares de las funciones internacionales y los sujetos que encabezan dichos organismos. Scelle apuntó a este respecto, que la sociedad internacional carece de órganos adecuados a la realización de sus verdaderas funciones, ya que son los Estados los que actúan, al mismo tiempo, como destinatarios y órganos funcionales del orden internacional, lo que entraña una grave anomalía si consideramos que el Estado nace para organizar una comunidad humana parcial, individual y minoritaria comparada con el resto de la humanidad. De ahí que cuando el Estado aborda funciones internacionales actúe de acuerdo con su criterio individual y de una manera inadecuada, pues se ve sometido, violentamente, a un desdoblamiento de sus funciones, "a una hipertrofia de sus órganos (como consecuencia de la intensidad funcional a que se ven sometidos), y todo ello hace que el Estado se convierta en totalitario y fascista, al margen de sus etiquetas ideológicas... los Estados actuales se ven ciegos y fatídicamente impulsados a convertirse en fuerzas de disociación y en elementos perturbadores" (59).

En otras palabras, la comunidad internacional carece de órganos *ad hoc*, lo que se explica, como dice Hans Wieringhaus influido por Scelle, de acuerdo con el principio del desdoblamiento funcional. "La vieja máxima de que la función hace al órgano, sirve tanto para explicar ciertos fenómenos de la prehistoria, como para exponer todo el proceso evolutivo de las formas sociales. De hecho, en la vida social, a nuevas necesidades y funciones se responde inicialmente con la actuación de los órganos existentes, a los que se les obliga a una actuación para la que no nacieron. De ahí que,

(59) Mariano Aguilar Navarro. *Revista Española de Derecho Internacional*. 1954, Vol. VII, No. 1 pp. 55-57.

y Wiebringhaus lo registra, estos órganos estatales afectos a funciones internacionales no actúen con conciencia de su propio cometido" (60).

Paulatinamente se han desarrollado las ideas renovadoras del derecho internacional público hasta culminar con las obras de Politis, Jessup y Lauterpacht, cuyos pensamientos denuncian claramente la insuficiencia de los sujetos internacionales clásicos y se aventuran en lo que concierne a los futuros sujetos internacionales.

Caminando, pues, del punto de partida señalado por los conceptos de función y organismo internacionales, se ha erigido la interpretación funcional del derecho internacional, que implica, entre otras, las siguientes ideas principales:

- 1) Supresión del carácter agresivo e individualista que había ostentado el concepto de la soberanía;
- 2) Necesidad de reconocer nuevos procedimientos de creación o producción de las normas internacionales;
- 3) Insistente defensa del principio de la solidaridad internacional con la apología subsiguiente de la cooperación internacional;
- 4) Marcada penetración de principios de administración internacional, tales como la idea de los servicios públicos, la creación de organismos administrativos internacionales, el intento de dar vida a un esquema centralizado de organización administrativa internacional, etc., etc.;
- 5) Necesidad de fijar el contenido de las normas internacionales seleccionando conductas humanas responsables;
- 6) Relevancia jurídica, atribución de personalidad jurídica y otorgamiento de facultades jurídicas y derecho subjetivo a las fuerzas sociales llamadas a contribuir en la organización de la paz;

(60) Mariano Aguilar Navarro. *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. V, 1952, p. 637.

7) Precisión, lo más concreta posible, de la imputación de los actos que llevan consigo responsabilidad internacional (61).

Ahora bien, como el aspecto material u objeto de la norma jurídica es la conducta de un sujeto, de la que derivan consecuencias jurídicas, se hace necesario que las normas internacionales reconozcan a la persona individual como el sujeto de sus relaciones, en tanto que es el mismo individuo, y no el Estado, la célula constituyente de la **Civitas Máxima**. Vemos, en resumen, que se busca la personalización del derecho internacional y, con ella, el reconocimiento de ciertos elementos fundamentales que se han llamado metajurídicos y metafísicos, por referirse al aspecto responsable y moral de la persona humana. En realidad, como dice Mariano Aguilar Navarro: "Toda la reconstrucción quedaría inutilizada de no conseguir que penetraran en el Derecho internacional las fuerzas personales, los hombres, únicos capaces de hacer encarnar los valores morales. La normación reclama unos valores y unos criterios éticos. Sólo el hombre puede realizarlos. Un Derecho internacional deshumanizado, es forzosamente un Derecho internacional desalmado" (62).

Este proceso que contemplamos nos lleva, como puede observarse, al reconocimiento de que la sociedad transnacional es la base más amplia del derecho, porque ella está constituida por todos los hombres del mundo. La **Civitas Máxima** resulta ser, entonces, no una sociedad de Estados, sino la sociedad compuesta por los hombres de todos los Estados. En esa virtud, siendo una la fuente del derecho, no sería descabellado pensar que, como resultado de la evolución descrita, el derecho internacional público y el derecho internacional privado se complementen y se unifiquen en una síntesis superior.

Para concluir este inciso, sólo nos resta deducir de las circunstancias actuales el deber que tiene todo jurista de di-

(61) M.A.N. Revista Española de Derecho Internacional, 1954. Vol. VII. No. 1. pp. 33-36.

(62) R.E.D.I. 1954, Vol. VII, No. 1. p. 47.

fundir los principios del nuevo internacionalismo. Pensemos que en ello va implícito el destino de la cultura humana y sabido es que las ideas de soberanía absoluta, de esencias nacionales, y otras semejantes, no pueden ocultar la existencia de la solidaridad entre todos los hombres del mundo. El internacionalismo, como apresuradamente lo hemos caracterizado, significa una contribución a la dignidad de la persona individual, al fortalecimiento de nuestras sociedades provinciales, al engrandecimiento de la nación que nos enorgullece y al bienestar de la humanidad que generosamente nos contiene. El Estado nacional, la patria, es una parte del género humano. Y según reza un aforismo lógico, jamás la parte se entendió sin el todo.

POSICIONES INTERMEDIAS

Bajo esta denominación se comprenden dos cosas. Primeramente, las teorías que pretenden conciliar la rivalidad entre nacionalismo e internacionalismo. En seguida, las doctrinas que buscan mediar entre la concepción clásica y la concepción privatista.

Para reducir los términos opuestos de la primera polémica, se afirma que el derecho internacional privado tiene características nacionales e internacionales al mismo tiempo. No es, se argumenta, ni exclusivamente nacional ni, tampoco, exclusivamente internacional; sino que participa en alguna manera de los dos órdenes jurídicos. Se concluye, finalmente, que es un derecho teóricamente internacional, pero prácticamente nacional. O bien, que poseyendo una condición internacional ideal, se complementa con un aspecto positivo nacional.

Hay dos teorías que desenvuelven sus premisas sobre estas ideas básicas: la teoría de la obligación; y la teoría del consentimiento.

A) Teoría de la Obligación Internacional

Según esta teoría, el orden internacional, tiene sus propias normas que imponen al Estado el deber de convertirlas en leyes nacionales.

En cumplimiento de la obligación señalada, los Estados producirán auténticas normas nacionales con plenitud de vigencia dentro de su territorio. Aparentemente, podría concluirse que así queda protegida la soberanía de los Estados y que el derecho creado de esta manera participa, a la vez, de características positivas nacionales, y del contenido de las normas internacionales que sirven de modelo.

En realidad, la conclusión anterior está equivocada. La soberanía de los Estados desaparece en el momento en que el orden internacional dicta el único derecho que puede establecerse. No se trata, según esta teoría, de un poder discrecional, sino de una obligación jurídica, estricta, operante. Así mismo, no puede decirse que se trata de un derecho mixto. Estamos frente a un derecho exclusivamente internacional, cuyos modelos inviolables sirven de base a la expresión del lenguaje jurídico-legislativo de cada Estado. Este no es libre de crear cualquier tipo de normas. La opinión examinada le quita toda disyuntiva, colocándolo ante la posibilidad única de reproducir o nacionalizar los modelos supranacionales del derecho internacional privado, lo que significa traducirlos a su lenguaje de derecho, pero sin quitarles ni añadirles nada de la esencia que los caracteriza. Por lo demás, no parece existir semejante obligación jurídico internacional, por el hecho evidente de que los Estados malamente se ocupan de promulgar normas de derecho internacional privado; y de que, cuando lo hacen, obran con libertad desconcertante, buscando en la estructura de normas originales y distintas la más eficiente protección de sus intereses particulares. Si esto implicase la violación del deber jurídico que la teoría postula, debería llegar la sanción correspondiente, que, en verdad, no se conoce porque nunca se ha dejado sentir.

B) Teoría del Consentimiento Internacional

También nombrada de la aquiescencia internacional, la presente opinión expresa que el orden internacional da su consentimiento para que los órdenes jurídicos estatales pro-

mulguen sus propias normas de derecho internacional privado.

Son varias las maneras que asume el consentimiento señalado:

a) Por Delegación. El orden internacional delega a los Estados la facultad de crear sus normas de derecho internacional privado;

b) Por Autonomía. El orden internacional deja a la autonomía del Estado la creación del derecho internacional privado;

c) Por Representación. El Estado asume el papel de gestor de negocios del orden internacional para crear a su nombre las normas del derecho internacional privado.

Nuevamente se pretende concluir que nos encontramos en presencia de un derecho mixto de nacional e internacional. Se alega que de acuerdo con sus fuentes inmediatas y validez positiva, se trata de un derecho nacional; pero que de acuerdo con su origen mediato —el consentimiento del orden internacional— se trata de un derecho que incluye también características internacionales, máxime cuando su función consiste, precisamente, en regular situaciones que van más allá del ámbito de lo nacional.

Esta conclusión tampoco es lógica. Consideremos en primer término que no existe obligación —toda vez que se trata de consentimiento— de establecer en concreto tal o cual norma jurídica. Ni siquiera existe una obligación general de establecer derecho internacional privado cualquiera que fuese. No debe olvidarse que el Estado es, a este respecto, o bien autónomo, o poseedor de una facultad delegada que, por tanto, puede ejercitar discrecionalmente. Y si actúa, por último, como gestor de negocios del orden internacional, esto lo realiza motu proprio, habiendo podido, naturalmente, abstenerse. Desde luego podemos expresar que el Estado obra aquí de acuerdo con su soberanía. En tal supuesto, el derecho internacional privado que así emane, no tiene nada de internacional; por el contrario, es un derecho exclusivamente nacional.

Ahora bien, por lo que toca a su función, es preciso repetir que ella consiste, por tratarse de un derecho nacional, en la regulación de situaciones nacionales, y que si bien tropieza con situaciones transnacionales cuya regulación procura, tal hecho puede explicarse como una situación injustificada y anómala que no alcanza, por cierto, a otorgar al derecho nacional características internacionales.

Así mismo, tenemos que reparar en la cuidadosa protección de sus propios intereses que el Estado realiza a través de su derecho internacional privado. Si tuviera visos de pertenecer en parte al orden internacional, velaría también por los intereses ajenos, lo que no acontece. Particularmente se revela esta deficiencia cuando se habla de gestión de negocios, resultando incomprensible que un gestor actúe no en interés de la entidad a cuyo nombre interviene, sino exclusivamente en el propio.

En última instancia, cuando queremos explicarnos el por qué de la delegación, autonomía o gestión del Estado en el derecho internacional privado, no acertamos a descubrir la causa verdadera, sobre todo al reconocer que el orden internacional produce directamente derecho consuetudinario de carácter supranacional para regular situaciones transnacionales. Es imposible que el orden internacional, que es un orden autónomo, renuncie al cumplimiento de su verdadera función. Nos inclinamos a pensar, más bien, que aquella zona de relaciones transnacionales incluidas en los ámbitos del derecho nacional constituye una intromisión del Estado que se niega a reconocer la pertenencia jurídica de dichas relaciones a la sociedad y al derecho *ad hoc* correspondientes. Tal intromisión podría entrañar la violación de una prohibición jurídica implícita: la de no regular las relaciones transnacionales porque ellas pertenecen a las normas del orden internacional. La carencia en este Orden de normas expresas disminuirá en la medida en que los hombres adquieran conciencia o convencimiento más amplios de la existencia real, pero no contradictoria, de las sociedades nacional y transnacional.

Por lo que toca a la segunda posición intermedia, ella busca conciliar el aspecto clásico y el aspecto privatista del de-

recho internacional privado. O sea, quiérese encontrar un punto medio que equilibre las diferentes finalidades entre una norma formal, reguladora de conflicto de leyes, y un precepto material, normativo de relaciones jurídicas entre personas individuales.

Persiguiendo el propósito enunciado, ha surgido la escuela privatista contemporánea apoyada sobre dos conceptos directrices:

1) Se afirma que las normas del derecho internacional privado no se ocupan del conflicto de leyes o de relaciones entre soberanías, sino de relaciones entre particulares;

2) Igualmente sostiene que el derecho internacional privado debe ser exclusivamente nacional.

Con toda lógica, esta escuela acepta la consecuencia de que no es posible que un orden jurídico nacional se atribuya deslindar los ámbitos de validez de otros órdenes, colocados en igualdad de circunstancias, reconociendo que dicha función es propia del orden internacional. Afirma, en cambio, que las normas del derecho internacional privado nacional sólo pueden regular a su modo las relaciones transnacionales que le conciernen virtualmente, gracias a una determinada conexión con ellas.

Por lo que encierra de nacionalismo, ya podemos ver, desde nuestro punto de vista, que la concepción privatista contemporánea ofrece una solución equivocada. Sin embargo, la tesis contenida en el primer enunciado exige mayores consideraciones.

Las normas del derecho internacional privado se dividen, como ya sabemos, en normas directas e indirectas. Actualmente, los derechos nacionales presentan mayoría de normas indirectas, así como aislados ejemplos de normas directas. Ello ha influido en las consideraciones doctrinales de la escuela privatista contemporánea elaboradas, sobre todo, frente al estudio de normas indirectas.

Es aquí donde podemos insertar nuestra crítica, porque las normas indirectas desempeñan, típicamente, la fun-

ción de las normas formales. En efecto, ellas no aportan, por más que se quiera, el derecho inherente a la relación, sino que se limitan a señalar cualquier otro orden normativo que ha de contenerlo en forma explícita. La disposición de la norma indirecta, fórmula de una o dos palabras basada en el punto de conexión, no alcanza a expresar el derecho concreto que conviene a las relaciones incluídas en la categoría de la misma norma. Por ello, habrá que acudir al derecho extranjero mencionado en el punto de conexión y no podrán evitarse los problemas a que da origen la escuela clásica, a saber: la calificación; el reenvío; el fraude a la ley; el orden público, problemas cuya solución, desde el punto de vista tradicional, nunca podrá lograrse y que, desgraciadamente, han sido blanco de graves ironías en contra del derecho internacional privado, porque han servido para ocultar el propósito de reservar el mayor ámbito de aplicación al propio derecho nacional, violentando así la función esencial de las normas de conflicto de leyes.

A pesar de todo, hay que reconocer a la escuela privatista contemporánea el haber sabido eludir, ingeniosamente, la problemática de la escuela clásica. En primer lugar, no la requiere para disfrazar intenciones nacionalistas puesto que acepta con fraqueza el nacionalismo. En segundo lugar, le ha valido mucho insistir sobre la finalidad del derecho internacional privado consistente en regular relaciones entre individuos y no en resolver conflicto de leyes. Basta mirar con esta perspectiva para que sea dable suponer, que si el derecho inherente a la relación yace concentrado en la norma, será en ella misma, y no en otra parte, donde precisan buscarse los pormenores, inclusive los más detallados de la regulación jurídica. Mas para llegar a este resultado se necesita interpretar en su totalidad la disposición normativa y saber leer los caracteres implícitos que su fórmula concentrada oculta a la primera vista. Por este camino, la escuela privatista contemporánea ha eliminado obstáculos difícilísimos. En pocas palabras, ha reducido el problema de la calificación a un punto en el que la dificultad consiste en determinar la extensión de la categoría de la norma mediante la interpretación

exegética; y en vista de que transforma el problema de la aplicación del derecho extranjero en la interpretación de la extensión de la disposición y del sentido del punto de conexión, desvanece la pesada problemática del reenvío que carece de razón de ser una vez descubierto el derecho aplicable implícito en la norma. Efectivamente, el derecho implícito en la norma es de carácter directo y nacional, aunque para volverlo explícito se requiera el modelo del derecho extranjero, es decir, de aquél que se menciona concretamente o a través del punto de conexión por la misma norma. No hay razón, entonces, para aplicar de nuevo el derecho internacional privado extranjero. Por otra parte, también este punto de vista permite mayor liberalidad cuando se tratan de oponer las nociones de orden público y fraude a la ley al derecho señalado en la norma indirecta. Habrá mejor disposición y menor animosidad en el juicio de funcionarios administrativos y de jueces, si se considera que el derecho aplicable es nacional, y que, por formar parte de una norma nacional de derecho internacional privado, es un elemento que pertenece, de la misma manera que las normas del derecho civil, mercantil o penal, a la serie de preceptos jurídicos internos llamados de orden público.

Pero todas estas soluciones, con ser buenas, no son perfectas. Su nacionalismo las invalida a la luz de la relación transnacional. Claro está que representan un avance frente a la escuela clásica, y firme eslabón del progreso que parece marchar desde el conflicto de leyes hacia el derecho transnacional. Si las normas indirectas aún presentan dificultades que requieren el auxilio vital de la interpretación exegética, ¿no será más conveniente contar con normas directas, explícitas en su disposición y apropiadas a la relación transnacional? La respuesta afirmativa que lógicamente se insinúa dará la pauta para medir cuán inconvenientes son, en la realidad práctica, las posiciones intermedias del derecho internacional privado, y qué tan defectuosas llegan al terreno teórico donde, a mi parecer, no les queda refugio alguno.

LEGISLACION Y CODIFICACIONES INTERNACIONALES

Durante el siglo XIX la idea de codificar el derecho dominó en la mayoría de los espíritus consagrados a la investigación jurídica. No escapó el derecho internacional privado. Latía, muy especialmente, la inquietud de aprisionar sus fuentes, clasificarlas y agruparlas en un código, a la manera del derecho interno de la mayoría de los países. Actualmente, no ha cesado esta preocupación.

De dos clases son las fuentes del derecho. En significado estricto, el derecho emana de la sociedad que lo necesita; esta es la fuente normativa que da origen a su obligatoriedad, llamada jurídica. Además, las normas se manifiestan a través de varios modos de expresión, a saber: la ley, la costumbre y la jurisprudencia; maneras expresivas que por indicar el derecho bien merecen el nombre de fuentes indicativas.

Atendiendo a las fuentes señaladas pueden originarse rumbos distintos en la codificación del derecho internacional privado, que han conducido a codificaciones nacionales y a codificaciones internacionales.

Otros pensamientos llegan a modificar la imagen del problema. Recordemos que la estructura del derecho internacional privado cambia según la concepción clásica o la concepción privatista. Mientras aquella da origen a normas indirectas (formales) agrupables en pequeños conjuntos, ésta proporciona normas directas (materiales) que suscitan codificaciones amplias muy difíciles de realizar.

Por lo pronto, en los códigos nacionales pueden hayarse normas indirectas o normas directas de derecho internacional privado, y a su vez, las codificaciones internacionales han surgido con la misma dualidad de contenidos. Pero entre ambos, la mayoría de normas indirectas resulta abrumadora.

Con respecto a la validez de las codificaciones nacionales, advertimos que la sola existencia de codificaciones internacionales revela que los Estados han tenido que acudir a un derecho supranacional, aunque no siempre lo hayan reconocido así. También se revela que las fuentes indicativas del

derecho transnacional están poco desarrolladas si se las compara con las fuentes nacionales. Ello ha dado lugar, en buena parte, al surgimiento de la codificación nacional. Pero a medida que aumente el andamiaje de las fuerzas transnacionales más fácilmente expresarán su derecho como ya se apunta en la evolución contemporánea que ha trastocado la teoría clásica del derecho internacional, público y privado. Además, las codificaciones nacionales han crecido al amparo de la concepción clásica. Bajo este aspecto, el Estado aparece como juez de supuesta contienda, en otras palabras, de la falsa disputa en que las legislaciones de todos los países procuran, arrebatadamente, la competencia exclusiva sobre el mayor número de relaciones jurídicas transnacionales.

Refiriéndonos en concreto a la codificación nacional existente, encontramos que el primer ejemplo importante de su género está en los artículos 7 al 31 de la "Ley de Introducción al Código Civil Alemán de 1896", que fuera elaborada por Gebhard y reducido por Bismarck antes de su promulgación. No incluye los contratos y se compone en su mayoría de normas unilaterales. "Se limita —como dice Wolff— a las cuestiones más importantes del derecho de las personas, de la familia y del sucesorio, a regular la forma del negocio jurídico y a establecer una norma protectora para los casos de responsabilidad por delito. Por el contrario, nada dice de derechos reales ni del derecho material de los contratos obligacionales... —y Wolff añade que—... en cuanto a la regulación de los derechos obligacionales, aquellos tiempos y aún los actuales habrían sido prematuros para intentarla" (63). Realmente, más que prematura, es impropia dicha regulación; y si los códigos nacionales tienen muchas lagunas en este aspecto, ello se debe a que a través de las nociones del conflicto de leyes y a causa de los límites de las normas indirectas, resulta imposible una regulación exhaustiva y al mismo tiempo práctica. Advirtamos que el *commercium* internacional ha sabido, en contraste, perfeccionar un derecho consuetudinario en materia de contratos (Ver Cap. I, Inciso D).

(63) Wolff. O. C. p. 64.

Mucho prestigio ha gozado la legislación alemana, habiendo sido el modelo para las siguientes codificaciones nacionales:

- a) Ley Japonesa de Junio 5, 1898;
- b) Ley China de Agosto 5, 1918;
- c) Estatutos Suecos de Julio 8, 1904;
- d) Estatutos Suecos de Junio 1, 1912;
- e) Proyecto Austríaco de 1913;
- f) Ley Polaca de Agosto 2, 1926 y;
- g) Proyecto Checoeslovaco de 1924 y 1931.

Indirectamente, la Ley alemana ha ejercido su influencia en proyectos legislativos europeos más recientes (64).

También el Código Napoleón de 1804 ha consagrado al derecho internacional privado algunos artículos dispersos, influyendo en los códigos civiles latinoamericanos y europeos del tipo francés, los que, a su manera, tratan los problemas de aplicación territorial de la ley, o del conflicto de leyes, en un título preliminar. Cuéntase entre ellos al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, cuyos artículos 12, 13, 14 y 15 incluidos precisamente en las disposiciones preliminares establecen los principios correspondientes.

Pasando al campo de las codificaciones internacionales, tenemos que referirnos separadamente a Europa y a América.

En Europa resaltan las Conferencias de la Haya, efectuadas por iniciativa del jurista holandés Asser, quien supo llevar a la práctica las antiguas sugerencias de Voet y Story sobre la conveniencia de reglas internacionales de conflicto de leyes. Igualmente palpita en esa labor la vigorosa inspiración internacionalista de Savigny, así como el entusiasmo irrealizado de Mancini.

Una primera Conferencia se reunió en 1893, seguida por las conferencias de 1894, 1900, 1904, 1925, 1928 y 1951, habiéndose

(64) Ernst Rabel. *Conflict of Laws*. Michigan Legal Studies. Callaghan & Company, Chicago, 1945, pp. 26-27.

dose logrado en ellas la firma de varias convenciones. Si bien, exitosamente, fueron ratificadas al principio por un conjunto pequeño pero importante de Estados, más tarde perdieron adhesión al ser denunciadas por algunos de ellos.

Los convenios firmados incluyeron seis temas:

1) Convención para regular el conflicto de leyes en materia de Matrimonio, de Junio 12, 1902;

2) Sobre conflicto de leyes y jurisdicciones en materia de Divorcio y Separación, (misma fecha);

3) Acerca de la Tutela de menores, (misma fecha);

4) Concerniente a los efectos del matrimonio sobre derechos y deberes de los cónyuges en sus relaciones personales y en la propiedad, de Julio 17, 1905;

5) Relativa a la Interdicción y medidas similares de protección, (misma fecha) y;

6) Tocante al Proceso Civil, en particular a la participación de los extranjeros en los juicios, (misma fecha).

Posteriormente, en las Conferencias de 1925 y 1928 se terminaron dos proyectos de Tratado: uno sobre la Sucesión (1925-28) y otro sobre quiebras (1902-28), de los que ninguno ha sido ratificado.

Un paso muy importante fue dado por el Protocolo firmado en la Haya el 27 de marzo de 1931 y que surtió sus efectos el 12 de abril de 1936, reconociendo la competencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional para interpretar las convenciones de la Haya en derecho internacional privado y suscrito por Bélgica, Estonia, Holanda y Portugal.

Existe una convención más, relativa al conflicto de leyes de nacionalidad, que fue abierta para adhesiones en la Haya el 12 de abril de 1930 y en vigor desde el 1 de julio de 1937. Simultáneamente se firmaron dos Protocolos más: Protocolo relativo a ciertos casos de apatridia y Protocolo especial sobre apatridia.

Finalmente, por lo que a las Conferencias de la Haya se refiere, se efectuó la Séptima Conferencia en octubre de 1951. Asistieron 16 Estados, todos europeos, marcando un retroceso importante con respecto a la Sexta Conferencia (1928)

que contó con la asistencia de 21 Estados europeos además de la presencia del Japón. En la séptima conferencia se acordaron tres proyectos de convenciones:

1) Sobre venta internacional de bienes muebles corporales. Se adopta el principio de la libertad de las partes para elegir la ley aplicable al contrato: a falta de elección, la ley de residencia habitual del vendedor al recibir el pedido; pero si este se hizo en el país del comprador al vendedor o a su agente, se aplica la ley del comprador. La venta en subasta o bolsa se rige por la ley del lugar de la institución. La convención no se aplica a la capacidad de las partes, forma del contrato, transferencia de propiedad, la que depende del estatuto real. La regla final permite la evicción de las normas anteriores por motivos de orden público.

2) Tocante al reconocimiento de personalidad jurídica de las sociedades, asociaciones y fundaciones extranjeras.

3) Referente a los conflictos entre la ley nacional y domiciliar.

Tiene gran importancia la aprobación de un estatuto que garantiza el porvenir de la conferencia, dándole carácter permanente. Se establecen como órganos la Comisión y la Oficina permanentes; el período de reuniones se fija cada cuatro años, previéndose reuniones extraordinarias.

Así mismo, se ha encargado al Gobierno de Holanda invitar a los diversos Estados signatarios de las convenciones a adherirse al Protocolo que acuerda, en su caso, la sumisión al tribunal de la Haya para la interpretación de las convenciones (65).

La gran importancia de las conferencias de la Haya ha sido confirmada plenamente por una resolución del Consejo Económico y Social de la O. N. U., tomada el 3 de julio de 1958 durante la 26a. sesión de dicho consejo. En efecto, mediante ella se pide al Secretario General de las Naciones Unidas la adopción de los pasos necesarios para asegurar en

(65) MORANDIERE JULIOT DE LA. La Septieme Session de la Conference de La Haya de Droit International Prive. Revista Española de Derecho Internacional. pp. 302-304.

asuntos de mutuo y recíproco interés, un intercambio de información y documentación con la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y con el Instituto Internacional para la unificación del Derecho Privado. Se indica como razón fundamental de esta medida la utilidad de lograr una coordinación efectiva entre aquellos organismos interesados, de alguna manera, en el desarrollo progresivo del intercambio comercial internacional, es decir, del *commercium* internacional.

Ciertamente, desarrollo progresivo significa crecimiento armónico. Debe suprimirse la duplicación de esfuerzos en toda tarea constructiva de la comunidad internacional. En consecuencia, es sumamente alentador el hecho de que las Naciones Unidas, que tienen a su cargo el papel más importante en la configuración de dicha comunidad, hayan juzgado necesario tomar en cuenta los trabajos de unificación de las reglas de derecho internacional privado y de armonización de las normas de derecho interno. Tal vez este reconocimiento oficial de la obra codificadora de las Conferencias de la Haya, abrirá las puertas a un camino más amplio y viable para el auténtico derecho transnacional.

Los tratados Escandinavos complementan el panorama europeo de la codificación internacional. En Estocolmo se concluyó un tratado entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, con disposiciones de derecho internacional privado sobre el matrimonio, adopción y tutela. Habiéndose firmado el 6 de Febrero de 1931, surtió sus efectos desde el 1o. de Enero de 1932. De esta manera se ha dado relevante expresión a la amplia cooperación legislativa entre los países escandinavos que, desde luego, reconocen múltiples afinidades históricas.

Nos hemos referido solamente a la codificación de derecho internacional privado que se relaciona con el derecho civil y el procedimiento. Es forzoso ahora incluir en nuestras referencias a las dos convenciones de Ginebra de 1930 y 1931 sobre instrumentos negociables, que dieron lugar a una Ley Uniforme de Letras de Cambio y Pagaré del 7 de Junio de

1930 (en vigor desde el 1o. de Enero de 1934); y a una Ley Uniforme sobre Cheques de Marzo 19 de 1931 (vigente desde el 1o. de Enero de 1934). Tampoco podemos omitir otros tratados que, según Rabel, están a la orilla del derecho internacional privado, a saber: a) el protocolo sobre cláusulas de arbitraje, abierto para adhesiones en Ginebra el 24 de septiembre de 1923 y; b) la Convención para la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, abierta para adhesiones en Ginebra el 26 de Septiembre de 1927 (66).

Hemos señalado los ejemplos más sobresalientes de la codificación internacional europea. El resumen es incompleto. Una visión total debería incluir múltiples tratados bilaterales que ocasionalmente promueven entre los Estados el tráfico internacional sobre materias tan importantes como el estatuto de extranjeros, personas jurídicas, asistencia judicial, sentencias extranjeras y conflicto de leyes. Como puede observarse, panorama tan amplio rebasa los límites de nuestro trabajo.

Nos ocuparemos ahora del mismo problema en América. Llamamos la atención tres codificaciones. Por un lado tenemos los Tratados de Montevideo y el Código Bustamante. Por otra parte aparece el *Restatement on the Law of Conflict of Laws*. Este último, más que una verdadera codificación internacional, representa un intento para unificar el derecho internacional privado de los Estados Unidos. Sin embargo, ha sido objeto de estudios comparativos con las otras dos codificaciones por el hecho de significar la oposición entre las diferentes tradiciones jurídicas de América Latina y los Estados Unidos.

A) TRATADOS DE MONTEVIDEO

Los Tratados de Montevideo incluyen bajo su denominación dos grupos de tratados: los de 1889 y los de 1939-1940.

A invitación de los gobiernos de Argentina y Uruguay se llevó a cabo el Congreso de Montevideo de 1889 que condu-

(66) RABEL, ERNST. *The Conflict of Laws. A Comparative Study*. Vol. I. The University of Michigan Press, Chicago 1945, pp. 40-42.

jo a la firma de los primeros tratados internacionales de derecho internacional privado de América y del mundo entero. Ciertamente es que antes, en 1877, se había reunido un congreso en Lima a invitación del Gobierno del Perú. Allí se preparó y firmó un proyecto de tratado dividido en 60 artículos; pero este intento jamás llegó a convertirse en realidad.

Más tarde, Argentina y Uruguay decidieron conmemorar los 50 años de los Tratados de Montevideo convocando al efecto a otra conferencia en la misma ciudad de Montevideo, durante los años de 1939-40. Se firmaron nuevos tratados cuyas normas introdujeron varias modificaciones con respecto a los anteriores.

Los países asistentes al Congreso de 1889 fueron los siguientes: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Ecuador y Colombia fueron invitados pero no asistieron. A continuación, citaremos los tratados firmados en aquel congreso.

1.—Tratado sobre Derecho Civil Internacional. (12 de febrero de 1889). No fue firmado por Brasil y Chile.

2.—Tratado sobre Derecho Comercial Internacional. (12 de febrero de 1889).

3.—Tratado de Derecho Procesal. (11 de Enero de 1889). Modificado el 7 de septiembre de 1903 entre Uruguay y Argentina.

4.—Tratado sobre Derecho Penal Internacional. (23 de Enero de 1889). No intervinieron Brasil y Chile.

5.—Tratado sobre Propiedad Literaria y Artística. (11 de Enero de 1889).

6.—Tratado sobre Patentes de Invención. (16 de Enero de 1889).

7.—Tratado sobre Marcas de Comercio y de Fábrica. (16 de Enero de 1889).

8.—Convención sobre el ejercicio de Profesiones Liberales. (4 de febrero de 1889). No intervinieron Brasil y Chile.

9.—Protocolo Adicional sobre aplicación general de los Tratados anteriores. (13 de febrero de 1889).

En el Congreso de 1939-40, intervinieron Argentina, Bo-

livia, Brasil, Colombia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. Se firmaron los siguientes tratados.

1.—Sobre Asilo y Refugio Políticos. (4 de Agosto de 1939). No intervinieron Brasil y Colombia.

2.—Sobre Propiedad Intelectual. (4 de Agosto de 1939). No intervinieron Brasil, Chile y Colombia.

3.—Sobre el Ejercicio de Profesiones Liberales. (4 de Agosto de 1939). No intervinieron Brasil, Chile y Colombia.

4.—Tratado de Derecho de Navegación Comercial Internacional. (19 de Marzo de 1940). Con una reserva de Bolivia.

5.—Tratado de Derecho Procesal Internacional. (19 de Marzo de 1940). No intervino Chile. Reservas de Brasil y Argentina.

6.—Tratado de Derecho Penal Internacional. (19 de Marzo de 1940). Con una reserva de Argentina. No intervino Chile.

7.—Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional. (19 de Marzo de 1940). No intervino Chile. Con reservas de Brasil y Colombia.

8.—Tratado de Derecho Civil Internacional. (19 de Marzo de 1940). No intervinieron Brasil y Chile. Con reservas de Uruguay y Perú.

9.—Protocolo Adicional sobre aplicación general de los tratados anteriores. (19 de Marzo de 1940). Con una reserva del Perú.

Ambos grupos de tratados han corrido suerte diversa. Los de 1889 fueron ratificados en su totalidad por Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Hasta el 31 de Junio de 1959, ni Brasil ni Chile los habían ratificado. En cambio, Ecuador y Colombia se adhirieron al Tratado sobre Ejercicio de Profesiones Liberales. Además, Colombia se adhirió a los tratados de Derecho Civil, Derecho Comercial y Derecho Procesal. Así mismo, hasta la fecha indicada se recibieron adhesiones al Tratado de Propiedad Artística y Literaria por parte de algunos Estados no invitados, a saber: Alemania (1928); Alemania Oriental; Austria; Bélgica; España; Francia; Hungría e Italia. Estas adhesiones europeas sólo

son válidas para Argentina, Bolivia y Paraguay. La adhesión de Alemania Oriental tampoco es válida para Argentina.

Por lo que toca a los de 1939-40, sólo Uruguay los ha ratificado en su totalidad. Parcialmente, Argentina ratificó el 18 de Junio de 1956 los tratados de Navegación Comercial, Derecho Procesal, Derecho Comercial Terrestre, Derecho Civil y el Protocolo Adicional. En mayor escala, Paraguay ratificó todos los tratados y el Protocolo Adicional, con excepción del Tratado de Derecho Penal Internacional (67).

B) CODIGO BUSTAMANTE

Llamado Código Bustamante en honor de su autor, el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, fue aprobado en 1928 durante la Sexta Conferencia Panamericana celebrada en la Habana.

Esta codificación tiene 437 artículos, divididos en cuatro libros correspondientes a distintas materias, a saber:

- Libro I Derecho Civil Internacional;
- Libro II Derecho Mercantil Internacional;
- Libro III Derecho Penal Internacional;
- Libro IV Derecho Procesal Internacional.

La Convención que contiene el Código fue aprobada el 20 de Febrero de 1928 y ha sido ratificada por 15 países latinoamericanos que mencionaremos a continuación: Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú y Venezuela.

Bolivia y Perú forman parte, al mismo tiempo, de los Tratados de Montevideo de 1889 y del Código Bustamante. Este último, según lo han declarado expresamente, gobierna sus relaciones mutuas (68).

(67) Tratados de Montevideo. Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay, Montevideo 1959.

(68) El Código de Derecho Internacional Privado y la Sexta Conferencia Panamericana. Habana, Cuba, Imprenta Avisador Comercial. 1929.

C) RESTATEMENT ON THE LAW OF CONFLICT OF LAWS

Como ya dijimos, fue elaborado en los Estados Unidos para tratar de unificar las normas estatales de conflicto de leyes. Su propósito se ha logrado sólo parcialmente. El Restatement no ha sido investido con las características de una ley federal en virtud de que la Constitución americana olvida definir expresamente la facultad de los poderes federales sobre esta materia. Sin embargo, se le considera por la doctrina y por los tribunales como si fuera imagen de la ley, es decir, reflejo del material acumulado durante años en los casos de hecho, cuya magnífica síntesis parece representar. En muchas materias, la práctica de los tribunales ha ganado en certeza y se reconoce la gran utilidad que desempeña en la solución de temas difíciles y controvertidos.

El Restatement fue inspirado y elaborado principalmente por Joseph Beale y se publicó en 1934 bajo el patrocinio del "American Law Institute" (69).

Comentario sobre la Codificación del Derecho Internacional Privado

Una vez mencionadas, al menos, las principales codificaciones de nuestro derecho, es procedente formularse dos preguntas, relativa una a la eficacia de la obra codificadora y referente la otra a la suficiencia o insuficiencia de la misma.

¿Será suficiente la codificación realizada? Esta cuestión se resuelve, como ya lo apuntamos, en claro sentido negativo. Bástenos considerar, según lo hace ver Ernst Rabel, que de todas las codificaciones internacionales, solamente los diversos tratados multilaterales de latinoamérica —y por su parte el Restatement— se pueden comparar a las codificaciones internas de derecho civil, penal o mercantil. Igualmente, en el ámbito nacional escasean las normas de derecho internacional privado. El Código Civil mexicano cuenta con cuatro artículos sobre la materia; el Código Civil francés no pasa tampoco de unas cuantas disposiciones aisladas; nues-

(69) Rabel. O. C. pp. 41-42.

tra Ley de Títulos y Operaciones de Crédito ha establecido ocho artículos. Alemania, en su Ley de Introducción al Código Civil, ha dedicado a este problema veinticinco artículos, del 7 al 31 que, sin embargo, se consideran insuficientes. Se recuerda que en 1927 apareció un movimiento en favor de una nueva codificación, en virtud de que lo promulgado hasta entonces se consideraba escaso y poco satisfactorio (70).

Sobre esta labor legislativa, Wolff se expresa de la siguiente manera: "Es una tarea que hasta ahora parece superior a las fuerzas de un legislador nacional la de regular mediante los párrafos de una ley un Derecho que se halla todavía en formación, inacabado como lo es el Derecho internacional privado. . . tarea que se manifiesta mucho más difícil cuando se trata de dar una legislación uniforme que deba regir en los territorios de distintos Estados" (71).

Para nosotros, además de difícil, es inapropiado que el legislador nacional emprenda esa tarea. Ya hemos expuesto esta opinión con anterioridad y volveremos sobre ella al pronunciarnos, en seguida, sobre la eficacia de las codificaciones mencionadas.

Según nuestro punto de vista, la codificación del derecho internacional privado es sólo parcialmente eficaz. Veamos por qué.

Del análisis de la existencia de codificaciones nacionales, se hecha de ver fácilmente que ellas conducen, sin escapatoria, a la nacionalización de las relaciones transnacionales. De tal manera que si en el curso de su vida jurídica atraviesan los ámbitos de diferentes Estados, ellas pertenecerán, sucesivamente, a cada uno de los Estados por los que atraviesan, soportando tutelas jurídicas distintas y, probablemente, contradictorias. Estas circunstancias nulifican la seguridad jurídica de la relación; en efecto, si ahora se encuentra frente a los tribunales del Estado A y mañana ante el estrado judicial de B, no se sabrá con certeza cuáles consecuencias jurídicas le corresponden. Inclusive suponiéndola provista de un sólo derecho nacional continuará el problema, en virtud de que las

(70) ERNST RABEL. O. C. pp. 41-42.

(71) Wolff. Op. Cit. p. 56.

necesidades de la relación transnacional son distintas a las que, por fuerza, contempla todo derecho nacional. Consecuentemente, las codificaciones nacionales del derecho internacional privado nunca serán plenamente eficaces, pues a pesar de que acierten a proveer de un sólo derecho a la relación transnacional, estarán proporcionándole en todo caso un derecho inadecuado a sus necesidades y a sus fines. Estas observaciones se aplican lo mismo a un sistema de normas nacionales directas, que a un sistema de normas indirectas.

Además, la codificación nacional del derecho internacional privado es inaceptable porque implica la suposición de que este derecho vive sólo en la medida de la voluntad estatal; es decir, *ad comitas ob utilitatem causa*. La teoría de la *comitas* se admitió en una época en que las relaciones transnacionales eran poco frecuentes, como en la Edad Media feudal; pero es insostenible ahora, cuando ellas constituyen un tráfico regular y continuo que no podría existir si no estuviese regulado por su propio derecho. (Ya mencionamos en el Capítulo I, Inciso C, las codificaciones auténticamente transnacionales).

Frente a la trama de la sociedad transnacional —hecho real seguido de fuerza normativa—, mal puede el Estado fingirse ignorante y ciego. El mismo Estado se beneficia de aquella sociedad y del tráfico que la sostiene. En múltiples ocasiones el derecho estatal cede ante el derecho transnacional, derecho que no surge por *comitas*, o por reciprocidad, o por conveniencia, sino simplemente de la necesidad, en virtud de una realidad sociológica distinta y más amplia que el Estado.

Otras veces, en cambio, el Estado acaba por imponer su ordenamiento jurídico, queriendo justificar esta manera de proceder con el argumento de la soberanía absoluta. Aún así, la sola existencia de relaciones transnacionales provistas de su propio derecho demuestra claramente que los ámbitos de aplicación del derecho estatal no son absolutos y que reciben limitaciones provenientes de otro orden —el orden internacional— que coexiste con aquél dentro de los límites geográficos de un territorio, o sea, con igualdad de validez

jurídica por lo que se refiere al ámbito espacial de aplicación de sus normas.

La procedencia jurídica de las limitaciones supraordenadas del orden internacional, claramente se explica, como ya dijimos, por la naturaleza intrínseca y social que le da origen. Dentro de este criterio, aquellas suplantaciones, frecuentemente vistas, del derecho internacional privado competente por uno de carácter estatal, son injustificables; sólo son actitudes de hecho basadas en la conveniencia, en la arbitrariedad y, por tanto, contrarias al derecho. Así lo ha reconocido Lainé refiriéndose al conflicto de leyes: "Si bien la idea de justicia asociada a soberanía feudal de las costumbres hizo contradictoria la teoría de D'Argentre, también la hizo fecunda. La ausencia de la idea de justicia debía condenar fatalmente a la doctrina de Juan Voet a la esterilidad. Decir que se aplicarán las leyes extranjeras cuando se juzgue conveniente, cuando se esté dispuesto a la benevolencia o cuando se encuentre en ello un interés propio, pero sin estar nunca obligado por derecho, es proclamar para la solución del conflicto de leyes el régimen de la arbitrariedad... al cual corresponderá para los particulares, el régimen de la incertidumbre. Fundar el arreglo de dificultades tan graves sobre la negación del derecho es condenarse a la esterilidad para guardar la plenitud de la independencia propia" (72).

Si, por otra parte, criticamos a las codificaciones internacionales, debe apuntarse que su eficacia será también parcial e incompleta, mientras se conformen a la concepción clásica, es decir, en tanto se compongan de un grupo mayoritario de normas indirectas o formales. Nos parece perfectamente claro que resulta en cierto modo un contrasentido aplicar un procedimiento de índole internacional, esto es, el tratado, para seleccionar, finalmente, un derecho internacional privado de carácter nacional.

Pero aún más. El mismo tratado merece rechazarse como fuente normativa del derecho internacional privado. Su validez o significación jurídica se realiza como fuente indi-

(72) LAINE. Introducción al derecho internacional privado. París. 1888, t. II, p. 111-112. Citado por Alfonsín en el Orden Público.

cativa solamente. La plenitud de su función se agota al servir como medio de expresión del derecho, pero no como fuente de su obligatoriedad.

Bastaría observar de cerca la conducta general de los Estados respecto a los tratados en que son parte, para convenirse que las disposiciones en ellos consignados suelen quedar sujetas al criterio individual de las partes. Resalta el hecho de que, "... incluso en el caso de llegarse a un acuerdo a base de un tratado internacional, existe el peligro de que, a falta de una jurisdicción supraestatal, los jueces de los Estados signatarios interpreten de distinta manera las normas del tratado, de modo que aquel derecho unificado vuelve a escindirse en la práctica" (73). Así mismo, "... los lenguajes jurídicos son diferentes entre los Estados, la susceptibilidad de las soberanías estatales es sumamente aguda, la fricción de los intereses extremadamente frecuente..." (74). Con facilidad se comprenderá que si las normas de un tratado quedan atenuadas a las voluntades de los sujetos obligados por ellas, y que si estos sujetos son, al mismo tiempo, origen de las dichas normas, estas carecerán por completo de carácter jurídico en razón directa de su obligatoriedad irrisoria y aparente.

La teoría clásica no explica satisfactoriamente qué función corresponde a los tratados como fuente del derecho. Desde luego fracasa en su intento de caracterizarlos como fuente normativa. Su argumento principal descansa en la idea de que el tratado es la expresión de una voluntad colectiva, la que, temporal y lógicamente, se ha formado a través del concurso de voluntades soberanas que se autolimitan con toda libertad. Se pretende con ello que la voluntad colectiva resultante está por encima de las participantes, dado que constituye la suma de todas ellas.

Nosotros pensamos que la teoría clásica descansa sobre puros elementos irreales, aunque, fuerza es admitirlo, de notable apariencia. Sin embargo, también debemos admitir que

(73) Wolff. O. C. p. 56.

(74) Gutteridge, H. C. The Codification of Private International Law. Glasgow, 1957. En Revista Española de D. I.

si la soberanía existe realmente, no habrá limitaciones posibles que la liguen, o viceversa, si hay limitaciones reales, no habrá soberanía. El invento de la autolimitación no agrega nada nuevo al problema porque, como dice Brierly: "la autolimitación no es una limitación en el sentido verdadero de la palabra, sino una contradicción en los términos" (75). Precisamente este contrasentido explicará el resultado de que toda voluntad colectiva será, eso sí, común a las unidades que concurrieron a formarla, pero de ninguna manera superior a ellas, supuesto que nadie da lo que no tiene, ni tampoco lo menos puede dar lo más. O por decirlo con las palabras de Heilborn: "la voluntad colectiva es común a los Estados individuales, pero no es una voluntad superior, que está por encima de ellos. De otra manera habría que preguntar lo siguiente; ¿la voluntad colectiva, subsiste cuando, después del establecimiento del acuerdo, uno de los Estados participantes defeciona? En este caso no podemos fingir la continuación de la voluntad colectiva" (76).

Si queremos encontrar la verdadera fuente normativa de todo orden jurídico supraestatal debemos acudir a una realidad distinta del Estado. Para el derecho internacional privado no puede ser otra que la sociedad transnacional y, en última instancia, el ser humano, la persona individualmente considerada.

¿Cómo orientar entonces la codificación que analizamos? Nosotros opinamos con Gutteridge que ella "... no puede limitarse a ser una mera reproducción de las normas ya existentes —las consignadas en los tratados—, como tampoco resultaría adecuado confinarse a reflejar y confirmar los sistemas estatales vigentes. La codificación internacional en nuestra disciplina debe constituir un progreso y un acto de unificación" (77).

Pero tal unificación no será la de todos los derechos del mundo, que ya Demogue, en su tiempo, proponía. Amén de

(75) Brierly. El Fundamento del carácter obligatorio del Derecho Internacional. En Recueil, t. 23, p. 473. Citado por Alfonsín en el Orden Público.

(76) Heilborn. Citado por Alfonsín en el Orden Público, p. 43.

(77) Revista Española citada.

que tal unidad es imposible, lo que debe buscarse es el medio de expresión jurídica correspondiente a nuestro derecho. En consecuencia, la fuente indicativa que busquemos deberá fundarse también en la comunidad internacional de los individuos y no de los Estados. Descubriremos y desarrollaremos entonces, al margen de la costumbre, que es la expresión más autorizada del derecho internacional privado, cauces distintos que nos entregarán las normas en vigor. Recordemos a este respecto los ejemplos citados en el "Inciso C" del capítulo anterior. De cualquier manera, si algún tratado incluye normas auténticas de este derecho, no cabrá suponer que aumentarán su validez, ni que los signatarios puedan aplicarlas cómo y cuándo quieran. Al contrario, la interpretación real de este fenómeno sólo indicará que el Estado se ha facilitado el camino para conocer las reglas que lo obligan. Así, un incumplimiento sería injustificable, violatorio, antijurídico.

Por todo lo expuesto en estos dos capítulos, desprendemos la conclusión de que el panorama actual del derecho internacional privado contempla el surgimiento de posiciones internacionalistas que pretenden subordinar a los derechos nacionales. En forma concreta, destacan los siguientes elementos delineados en las hojas precedentes:

- 1) Adopción de las normas directas (materiales), y abandono de las indirectas (formales);
- 2) Bancarrota de la escuela clásica y surgimiento de una escuela nueva que tiene como puntos cardinales el internacionalismo y las normas directas;
- 3) Crecimiento de la sociedad transnacional y oposición al poder del Estado;
- 4) Ataque definitivo a la noción de soberanía absoluta, y;
- 5) Revisión de la estructura y funciones del Estado.

Son tan fuertes los elementos anteriores que, de continuar su ritmo ascendente, pronto se hará una revisión definitiva en el concepto clásico del Estado, como previa condi-

ción del total desarrollo de un derecho auténticamente transnacional. Explicamos en ello nuestra adhesión, firme y convencida, a las siguientes ideas de Politis: "Podemos decir que el Estado moderno tiende a dejar de ser un poder que manda para convertirse en una federación de servicios públicos. Detrás de la vana ficción del Estado sólo hay una personalidad real: la del individuo. Así es en todo grupo humano. Si el Estado es una pura abstracción, la comunidad internacional tal como ha sido entendida hasta ahora, como la reunión de los Estados, es una abstracción más grande aún: es una inmensa suma de ficciones. . . ella no puede tener sino la misma estructura humana de la sociedad interna: está compuesta simplemente de individuos agrupados en naciones" (78).

(78) Politis. Citado por Alfonso en el Orden Público, p. 49.

CAPITULO III

EL CARACTER NACIONAL O INTERNACIONAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- A.—LA HISTORIA Y EL ORIGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.**
- B.—ESCUELA FRANCESA.**
- C.—ESCUELA AMERICANA.**
- D.—SISTEMA LATINOAMERICANO.**

LA HISTORIA Y EL ORIGEN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El derecho internacional privado tiene, como todo lo humano, su propia historia. No podría ser de otra manera. Estrechas relaciones han conectado siempre al derecho con todas las manifestaciones de la cultura. Por consiguiente, cada una de sus ramas concretas tendrá un significado particular, ligado a la cultura de los grupos sociales en épocas y espacios determinados.

Bajo uno de sus aspectos, la historia busca la comprobación, en el pasado, de los acontecimientos singulares. Esto, de por sí, ya encierra enorme interés para hacerla atractiva y digna de la investigación intelectual. Pero con todo, no sería útil, ni siquiera lícito, que el pasado absorbiera nuestro tiempo y esfuerzos por el solo placer de contemplar la resurrección de los hechos singulares; sobre todo porque la vida plantea muchos problemas que difícilmente resolvemos, frente a los cuales la simple distracción de la inteligencia resultaría incongruente. De ahí que adquieran gran importancia otros aspectos del conocimiento histórico, no ya porque atestiguan lo vivido, sino porque lo interpretan, lo integran a su época, lo explican y lo ponen a disposición de nuestras experiencias. Este es el sentido, así parece, del conocido adagio: "la historia es la maestra de la vida".

De la misma forma, la historia del derecho y, en particular, del derecho internacional privado, no puede apartarse

de aquellos objetivos. Tendrá que referirse al pasado, sí, pero también deberá interpretarlo en relación con su época. Gustavo Radbruch expresa magistralmente estas ideas: "La historia del derecho tiene por objeto el estudio del ser, el desarrollo y la acción del derecho. Puede limitarse a estudiar el desarrollo inmanente del derecho, pero puede también investigar la interacción del derecho con otras manifestaciones de la cultura, o bien, tratar de comprender, desde el punto de vista científico-espiritual, el derecho de una época partiendo de la totalidad de la cultura de la época en cuestión" (79).

Nosotros queremos comprender, sobre todo, los problemas actuales del derecho. Para ello necesitamos recurrir, además del estudio contemporáneo de otras ramas de la cultura, como por ejemplo la economía y la política, a la colaboración de la historia. Sucede, como enseña Marc Bloch, que no podemos comprender las actividades de los hombres si sólo las estudiamos como reacciones frente a las circunstancias particulares de un momento (80). La experiencia actual no es suficiente. Muchas raíces parten del pasado y su conocimiento contribuirá, por tanto, a una comprensión más realista y verdadera del presente. Volvamos, pues, un poco la mirada hacia atrás para encontrar el origen de nuestro derecho.

La incursión que emprenderemos será muy corta y limitada por el objetivo de lograr un mejor entendimiento del panorama actual, tema que ya vimos en el capítulo anterior. Muy lejos estamos de poder emprender un trabajo histórico exhaustivo. Ello requeriría gran madurez de pensamiento jurídico-cultural que tal vez sólo podría darnos una larga evolución a través del tiempo y del estudio continuados. Con intenciones mucho más modestas, aspiramos a encontrar las huellas de los planeamientos más frecuentes en la enseñanza respectiva de nuestro país. Por eso hemos hecho una división entre las escuelas francesa, americana y latinoamericana. Así mismo, deseamos aclarar que no consideramos incongruente

(79) Gustavo Radbruch. INTRODUCCION A LA FILOSOFIA DEL DERECHO. Fondo de Cultura Económica. México. Buenos Aires. 1955 pp. 12-13.

(80) Marc Bloch. Introducción a la Historia. F.d.C.E. México. Buenos Aires. 1957. p. 37.

la colocación de este capítulo sobre la historia después del que se ocupa de la situación actual. La razón estriba en que la historia permite un doble punto de vista en la interpretación de los acontecimientos. Es decir, nos permite comprender el presente por el pasado, pero también ofrece la posibilidad de conocer el pasado partiendo del presente. Leer la historia al revés, como decía Maitland, encierra muchas ventajas. "Porque el camino natural de toda investigación es el que va de lo mejor conocido o de lo menos mal conocido, a lo más oscuro" (81).

Deseamos explicar y justificar las fronteras del presente capítulo y de este inciso en particular. Por ello es de justicia reconocer que dejamos a un lado muchas perspectivas de la historia. No nos referimos a la interacción del derecho con la economía y la política, por ejemplo. Acaso desde la superficie hemos ya soslayado en el capítulo anterior la existencia de relaciones mutuas entre la política y nuestro derecho, al mencionar las repercusiones de las nuevas tendencias en los conceptos de la soberanía y del Estado. Se adivinan, claro está, muchas aportaciones conceptuales en el fondo de estos temas. Por su parte, Luis Gestoso y Tudela nos indica que las doctrinas expuestas en el derecho internacional privado no son meras creaciones de la mente humana sino que responden a la evolución de las formas políticas. Desde este punto de vista el autor juzga a los nacionalistas "como voceros de una intransigencia totalitaria, de esa miopía frente a todo lo que tenga rasgo humano y universal". En cambio, al internacionalismo lo considera acertada comprensión de nuestro derecho, y observa que se "fundamenta en principios tan sólidos como la existencia indiscutida de un derecho internacional, perfecto entendimiento del problema de la comunidad internacional, visión real de cual sea el objeto del derecho internacional privado y el desarrollo positivo que esta rama ha logrado por obra de los sostenedores de esta concepción" (82).

(81) Marc Bloch. O. C. p. 39.

(82) Comentario de Mariano Aguilar Navarro sobre la obra de Gestoso y Tudela: *Nacionalismo e Internacionalismo en Derecho Internacional Privado*. Revista Española de Derecho Internacional. v. 1 No. 2 y 3. 1948 pp. 687-688.

Hasta donde sabemos, no se han estudiado sistemáticamente las implicaciones de la economía y esta rama del derecho. Semejante investigación histórico-sociológica podría estar orientada de acuerdo con las indicaciones de Rudolf Stammler, en el sentido de que ningún orden económico es concebible fuera de una forma jurídica. Podríamos entonces preguntarnos: ¿cuáles órdenes económicos han correspondido a las diferentes etapas del derecho internacional privado? O bien, si a pesar de todo se insiste en presentar esta cuestión a la manera del materialismo histórico: ¿qué formas de este derecho se han derivado de las estructuras económicas en la historia? Quizá llegáramos a distinguir procesos típicos de la evolución jurídica que nos permitiesen, al final de cuentas, separar las tendencias divergentes de la época actual y ejercitar, como indica Marc Bloch, una especie de anticipación del porvenir. Probablemente no estemos alejados, con estos planteamientos, de las vívidas inquietudes de Oswald Spengler: "Hay una lógica de la historia?"... "Los conceptos fundamentales de todo lo orgánico: nacimiento, muerte juventud, vejez, duración de la vida, no tendrán también en esta esfera un sentido riguroso que nadie aún ha desentrañado? No habrá, en suma, a la base de todo lo histórico, ciertas protoformas biográficas universales" (83). En tal caso, sería menos riesgoso predecir el futuro y señalar cual sería el desenlace inmediato entre el nacionalismo y el internacionalismo, al igual que entre las concepciones clásica y privatista precisadas en el curso de este estudio.

Los problemas que apuntamos suscitarán, poco a poco, el entusiasmo de los investigadores y colaborarán al desarrollo de la ciencia. Pero apenas los mencionamos, tenemos ya que abandonarlos, para enfocar, concretamente, la cuestión del origen que por ahora nos interesa.

Con esa intención, tengamos presente el renacimiento de

(83) Oswald Spengler. *La Decadencia de Occidente*, v. 1 Espasa Calpe, S. A. Madrid. 1944, pp. 9-10.

los estudios romanistas ocurrido a fines del Siglo XI, gracias al descubrimiento y publicación de los principales libros del *Corpus iuris civile*. A partir de aquel momento, los juristas de la época los interpretaron a través de glosas o comentarios que alcanzaron la categoría de normas vigentes por fundarse en el derecho romano, cuya autoridad nadie se atrevía a discutir. La escuela de los glosadores duró hasta el Siglo XIII. Radbruch advierte en ella la influencia del escolasticismo, sobre todo en la ciega obediencia que profesaban al principio de autoridad: "Así como la medicina escolástica consistía en comentar las obras de los médicos antiguos y arábigos, sin cotejar para nada la realidad, la jurisprudencia escolástica limitábase a interpretar las palabras de Justiniano y de los juristas extractados por él, palabras escritas hacía ya más de mil años, esforzándose en aplicarlas a un presente totalmente cambiado" . . . "La vida marchaba por un camino y la ciencia por otro" (84).

Fueron precisamente los glosadores quienes determinaron, por primera vez, el objeto del derecho internacional privado. Wolff atribuye el privilegio a una glosa de Aldricus a fines del siglo XII. (85). Más tarde, ya en el Siglo XIII, la atención se concentra en el célebre comentario de Accursio sobre el texto de la 1a. C. T. 1, L. I, del Código de Justiniano, que decía lo siguiente: "Todos los pueblos que están sometidos a nuestra benévola autoridad. . . queremos". Según Niboyet, estas palabras servían para determinar los límites del Imperio Romano. Así debió entenderlas Accursio, en cuya época (entre 1210 y 1220) Hugolinus había dicho que la legislación de un soberano o de una ciudad sólo obligaba a sus súbditos (86). En efecto, la glosa de Accursio que parece datar de 1228 encierra estas ideas: "Si un habitante de Bolonia se traslada a Módena, no debe ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido, como

(84) Radbruch. O. C. pp. 102-103.

(85) Wolff. O. C. p. 32.

(86) Wolff. O. C. p. 33.

lo demuestra la frase de la ley: los que están sometidos a nuestra benévola autoridad” (87).

Durante la misma época nacen otras soluciones muy importantes. Para los actos del proceso rige la *lex fori*. Aparece también el principio *locus regit actum* que se aplica tanto a la forma como a la materia de los actos jurídicos e inclusive a los delitos. A los bienes inmuebles y a los muebles anexos al territorio se les aplica la *lex rei sitae*.

Un siglo más tarde, en el XIV, se perfila claramente la escuela de los postglosadores, a quienes, según Radbruch, deberían llamárseles consultores de acuerdo con su principal actividad: los dictámenes y las consultas. Fué por ello que su sistema, a diferencia de la escuela anterior, estuvo en contacto directo con la realidad de la vida. El problema fundamental de su época consistió en saber cuál era la vigencia de los estatutos de Génova, Pisa, Milán, Bolonia, etc. Razón por la cual el sistema de esta escuela también se denominó teoría de los estatutos.

El más grande representante de los postglosadores es Bartolo de Saxoferrato, brillante expositor de nuevas soluciones. Limitó la regla *locus regit actum* a la forma de los actos y a los vicios de la voluntad, y para los efectos de los contratos, resolvió que fuera competente la ley del lugar del cumplimiento, en vez de la ley del lugar de celebración. Sus continuadores, entre ellos Baldo de Ubaldis, aplican en general las mismas ideas adaptándolas a los nuevos casos, pero sin hacer modificaciones substanciales. Así ocurrió hasta fines del Siglo XIV y durante todo el Siglo XV.

En todo ese tiempo, el derecho romano fundamentó el carácter obligatorio de estas soluciones. Puede afirmarse, en tal sentido, que las fuentes del derecho internacional privado eran la ciencia y el *Corpus iuris civile*. Los principios tenían vigencia en todas las ciudades, poseían carácter internacional, es decir, supraestatal, si admitimos que las ciuda-

(87) Niboyet. O. C. p. 210.

des italianas eran verdaderos Estados ciudades. Por lo demás, el fundamento de que hablamos manifestaba sólido apego al principio de autoridad, de tradición, de respeto al pasado; era histórico, no sociológico y, en consecuencia, profundamente artificial, inconveniente que aumentaba por el hecho de que las instituciones romanas no conocieron los problemas que se resolvían en aquel tiempo. Roma ignoró las leyes extranjeras y, cuando la naturaleza cosmopolita del hombre hizo inevitable el comercio con súbditos de otros países, nació el *Ius gentium*, parte del derecho romano y administrado como tal por los jueces de Roma. Estos ni siquiera pensaron en aprender el derecho extranjero y aplicarlo a casos específicos, es decir, a las relaciones transromanas. Posteriormente, en el año 212 A. de C., el Edicto de Caracalla cambió esta situación. Toda persona que podía recibir cualquier reconocimiento por parte de la ley se convertía, por ese edicto, en un ciudadano romano sometido al *Ius civile*. Como indica Ehrlich, el derecho romano llegó entonces a ser, cuando menos en cierto sentido, el derecho territorial del Imperio (88). En todo caso, reconocemos que una concepción muy especial de nuestro derecho, bastante moderna por lo demás, hunde sus raíces en el *Ius gentium*. Se trata del nacionalismo privatista, o sea, de la doctrina que predica la duplicación de órdenes jurídicos internos, ambos de carácter material, no formal, aplicable uno a las relaciones nacionales y el otro a las relaciones transnacionales. Todo esto significa, en conclusión, que las soluciones de los postglosadores, técnicamente, como tales, eran producto de su estudio al dictaminar los casos prácticos, pero cuya fuente normativa no descansaba en la sociedad sino en el derecho romano, pues toda doctrina jurídica de aquel entonces, por nueva y distinta que fuera, tenía que emanar forzosamente del único texto revestido de autoridad, del *Corpus iuris*. En este sentido, el dogma escolástico de la autoridad seguía imperando.

Otro rasgo caracterizó a la escuela de los postglosadores: el carácter formal de sus principios. Atribuían compe-

(88) Joseph Beale. O. C. T. 3. p. 1881.

tencia a los estatutos en lugar de disponer el derecho material de la relación. Aquí yace el germen de las ideas del conflicto de leyes, de los límites de la soberanía legislativa, etc. Pronto llegaron a clasificar los estatutos en personales, reales y mixtos. Los primeros se imponían a las personas residentes en el territorio o procedentes de él (efectos extraterritoriales), los segundos, a todos los bienes inmuebles sitos en el territorio donde regía el estatuto, y los mixtos, a los actos efectuados en dicho territorio (los reales y mixtos poseían efectos territoriales). Sin embargo, su oficio de consultores conservó en aquellos juristas un fuerte espíritu científico, mismo que posteriormente faltó a d'Argentre. O sea, nunca decidieron de antemano sobre los efectos de un estatuto. Al contrario, cada caso merecía su atención y la clasificación tripartita de los estatutos no fue rígida, ni tampoco los efectos territoriales o extraterritoriales se derivaban automáticamente de la clasificación. Fueron tantas y variadas las soluciones, que no ha faltado quien los acuse de ausencia de método, por haber incurrido en vicios de casuística. Mas como quiera que se vea, su espíritu analítico les evitó caer en las rígidas deducciones que más tarde cimentó d'Argentre y aceptaron los holandeses del Siglo XVII.

La escuela de los postglosadores constituyó la base histórica ineludible de las manifestaciones subsecuentes. O se le admitió sin reservas, o se le modificó, o se le contradijo. Durante el Siglo XVI la siguió destacadamente Charles Dumoulin en Francia. A él se le debe la teoría de la voluntad autónoma de las partes, ya fuera expresa y evidente, o presumible, implícita. Pero en la segunda mitad de aquel siglo aparece d'Argentré, comentarista de la *coutume* de Bretaña, quien sostiene la idea feudal de la territorialidad de las leyes (*coutumes*). Establece, por tanto, que todos los inmuebles están sometidos a la *lex rei sitae* sin importar el hecho de que figuren como objeto de un contrato, o se incluyan en una sucesión, o pertenezcan al régimen de bienes del matrimonio. Deduce que los estatutos reales tienen, incuestionablemente, efectos territoriales y de allí concluye que cuando un estatuto no se refiere solamente a las personas sino que de algu-

na manera alude a los bienes, se tratará de un estatuto real, es decir, con efectos territoriales. Aunque se llamaron mixtos, en realidad sólo sirvieron para ampliar el ámbito de los reales. "Qué es lo que en definitiva —pregunta Niboyet— quedará en el estatuto personal? Las leyes que universalmente y de una manera estricta se refieren a la persona" (89). Entre ellas, d'Argentré menciona el estatuto que fija la mayoría de edad, el que establece la patria potestad, la incapacidad de las personas sometidas a ella, la legitimación, etc. Bien puede observarse que, a poco exagerar el criterio de los estatutos reales y mixtos, todos podrán considerarse reales. En efecto ¿no es cierto que la mayoría de edad, la patria potestad, la legitimación, otorgan o quitan capacidad para enajenar, adquirir, heredar, o administrar bienes inmuebles? No obstante, se admitieron estatutos personales que tenían efectos extraterritoriales, abarcando este grupo los referentes a los bienes muebles, seguidores de la persona.

La extraterritorialidad de los estatutos personales no es un favor, dice d'Argentré, es un deber jurídico basado en la justicia. Se contradijo, así, la tesis de la soberanía territorial de las leyes, resultando una igualdad lógica de los dos principios que no armonizaba con la supuesta prioridad jurídica del principio territorial.

Así fue como la escuela holandesa del Siglo XVII recibió la tesis de d'Argentré. Aceptada en sus rasgos generales, se desecharon las ideas de justicia y deber jurídicos, inconciliables con la soberanía territorial. Pablo Voet, Juan Voet (su hijo) y Ulrico Huber proclaman absolutamente esta doctrina, afirmando que un Estado no puede someterse a las leyes de otro, de manera que dichas leyes no pueden ser obligatorias más allá de las fronteras estatales. Si en ocasiones se aplica la ley de otro país, será por cortesía del soberano que así lo permite. Ulrico Huber resume en tres postulados la doctrina de su escuela: I.—Las leyes de cualquier soberano obligan a todos sus súbditos pero solamente tienen fuerza dentro de las fronteras de su territorio; II.—Se con-

(89) Niboyet. O. C. p. 219.

sideran súbditos de un soberano quienes se encuentran dentro de su territorio, ya sea temporal o permanentemente; III.—Los soberanos, por cortesía, permiten que las leyes de otra nación tengan existencia dentro de su territorio y conserven su fuerza en todas partes siempre que no perjudiquen el derecho del soberano y de sus súbditos (en esta idea se encuentra el germen de la doctrina del orden público).

La teoría de los estatutos de d'Argentré siguió vigente en Francia durante el Siglo XVIII. Por su parte, la escuela holandesa fue aceptada en Inglaterra y en los Estados Unidos formando la base de la escuela angloamericana. Todavía a mediados del Siglo XIX perduró la influencia de los postglosadores. Su sistema, ya lo hemos visto, sufrió grandes modificaciones, pero la orientación iniciada por ellos seguía en pie. "En dos tendencias —dice Wolff— coinciden los sabios desde Bartolo hasta el Siglo XIX: por una parte, pretenden examinar las mismas normas jurídicas por su principal objeto, con el propósito de determinar cuándo deben aplicarse; por otra, quieren establecer principios de vigencia supraestatal (dominando sobre las distintas *coutumes* o, igualmente, los distintos derechos interprovinciales)" (90). Todavía Story, en 1834, recibe el impacto de su influencia.

Después de la obra de Savigny (1849) a la fecha, su importancia ha declinado notablemente. Ya dijimos en el capítulo anterior que el gran reformador alemán cambió la atención, de la naturaleza de la ley por su objeto, a la naturaleza de las relaciones jurídicas por su objeto y su sede. De allí se pasará, a través del holandés Jitta, a la consideración de las mismas relaciones desde el punto de vista de la sociedad a la que pertenecen. Así también, desde aquel fundamento normativo del derecho romano, de la idea de justicia, de la noción de cortesía, y del fundamento de la comunidad internacional de los Estados defendida por Savigny, se ha llegado, nuevamente a través de Jitta, al fundamento de la comunidad internacional de los individuos, o sea, a la sociedad

(90) O. C. p. 36.

transnacional, puntualizada magistralmente por Philip C. Jessup y, sobre todo, por Quintín Alfonsín.

No queremos dar la impresión de que la primera escuela del derecho internacional privado ha perdido en absoluto todo significado. Por el contrario, queremos expresar que su importancia y, quizá todavía su influencia, se han trasladado de un plano inmediato y directo, a un plano indirecto, magisterial, explicativo, que indudablemente retiene al proyectarse en la perspectiva histórica de nuestra ciencia.

ESCUELA FRANCESA

En Francia, las doctrinas de Dumoulin y d'Argentré han ejercido poderosa influencia. Durante el Siglo XVIII, tres notables jurisconsultos: Frolland, Boullenois y Bouhier, aceptaron las ideas del comentarista de la *coutume* de Bretaña y, al mismo tiempo, las modificaron, bien para atenuar el predominio del estatuto real, como Bouhier, bien para disertar sobre el estatuto referente a la forma de los actos, que no se ajustaba a las dos categorías admitidas de personales y reales, como Frolland. A su vez, Boullenois las defendió en su integridad. Frente a los principios de d'Argentré, los esfuerzos teóricos de Frolland y Bouhier revivieron a Dumoulin.

De aquella herencia, Ernst Rabel identifica varios rasgos genéricos en las doctrinas posteriores, a saber: inclinación hacia suposiciones a priori; interés en los problemas presentados a los tribunales; y explicaciones comprensivas de los argumentos incluidos en las decisiones particulares. Más concretamente, se aprecia en ellas la tradición territorialista que parte de d'Argentré en el Siglo XVI, crece en Holanda en el XVII y penetra nuevamente a Francia en el XVIII. Lo prueban de inmediato la práctica de los tribunales y toda la teoría referente al orden público francés. El tratado de Niboyet de 1938 disipa cualquier duda, cuando enfatiza la necesidad de salvaguardar la civilización francesa, mediante la aplicación de sus leyes con arreglo a la idea de la territorialidad (91).

(91) Rabel. O. C. pp. 14-16; Alfonsín. Derecho privado internacional. Cap. II.

Por otra parte, la literatura es muy numerosa. Ella revela gran independencia de criterio bajo sus líneas generales. En muchos tópicos del conflicto de leyes cada opinión tiene sus defensores, lo mismo en la práctica y en la teoría. Junto a la abundancia de conceptos, la literatura francesa presenta cierto grado de incertidumbre; riqueza y duda al mismo tiempo.

Hay que sumar las repercusiones que la codificación produjo en sus tendencias. El creciente número de códigos nacionales y, sobre todo, la influencia del Código Napoleón, debilitaron el propósito de otorgar fundamentos supraestatales al derecho internacional privado. Sin embargo, ideas de origen internacionalista, particularmente de Savigny y Mancini, fueron utilizadas en varios intentos por armonizarlas con el nacionalismo de las normas codificadas. Las posiciones intermedias surgieron como natural consecuencia.

Por lo que atañe al objeto de nuestro derecho, completo acuerdo parece reinar entre todos los autores. Referencias al conflicto de leyes o conflicto de soberanías se repiten en Bartin (1899), Pillet (1903), Surville y Arthuys (1904), Despagnet (1909) y Niboyet (1928).

A este respecto, Arminjon (1928) y Lepaulle (1948) niegan la existencia real del conflicto de soberanías o conflicto de leyes y afirman que dichas expresiones sólo significan la existencia de un procedimiento técnico al servicio de la administración nacional de justicia. El objeto de las llamadas normas de conflicto lo hacen consistir en la obtención de soluciones justas y útiles.

La escuela francesa estudia dentro del derecho internacional privado otros temas además del conflicto de leyes. Casi todos los libros incluyen tres partes: 1o.—La nacionalidad; 2o.—La condición de los extranjeros y; 3o.—El conflicto de leyes. Este último se divide entre las reglas que fijan la competencia legislativa y las reglas que fijan la competencia judicial.

Tan amplio contenido suele explicarse desde dos puntos de vista. Unos atribuyen riguroso orden lógico a los temas señalados. Hay que saber primero ---dicen--- si los sujetos

de una relación jurídica son nacionales o extranjeros; conocer luego cuáles derechos disfrutaban si son extranjeros; y decidir, finalmente, cuál legislación regirá el nacimiento, respeto y extinción de los derechos de que puedan disfrutar. Otros, en cambio, aceptan considerar los dos primeros temas como nociones pertenecientes a las normas de conflicto, que sólo aparecen al investigador en el momento de interpretar aquellas normas.

Citaremos ahora el pensamiento propio de algunos autores sobre el fundamento jurídico y el objeto del derecho internacional privado, por considerar estas cuestiones como una clave de la fisonomía general de las escuelas que versan sobre esta materia.

Bartin define su posición de la siguiente manera: "Las reglas de conflicto consideradas dentro de un Estado, sólo tienen valor y fuerza porque el derecho positivo de ese país las ha adoptado expresa o implícitamente. Por justas que sean ellas mismas según cualquier teórico de filosofía social, no obligan al juez de un Estado mas que por el hecho de que ese Estado se las apropie y las convierta en reglas de derecho positivo. Dicho Estado traduce él mismo y para sí mismo la obligación en la que se considera comprometido, de respetar en su territorio la soberanía legítima de los otros Estados, sus iguales. Fija, dentro del orden del conflicto de leyes, los límites de su propia soberanía, particularmente en materia del estatuto personal, ejecutando voluntariamente una obligación en la que el principio de independendencia de los Estados soberanos no permite concebir otra forma de ejecución. Dentro de esas condiciones ¿no es evidente que la medida en la que acepta restringir sobre su territorio la aplicación de su propia legislación, es decir, en el fondo su propia soberanía, no puede depender mas que de él?" . . . "Pero esa idea que se hace de su propia soberanía dentro de su dominio, no es más que la idea que se forma, bajo ese punto de vista, de la soberanía de un Estado cualquiera que pertenezca como él a la comunidad internacional. Tal idea no la tiene solamente para su propio uso. La tiene también para el uso de los demás.

Es la forma que cree justo dar a la noción de soberanía en materia civil, que será, por así decirlo, atributaria de esa prerrogativa del Estado" (92).

Antoine Pillet busca principios de absoluta validez que armonicen los efectos territoriales y extraterritoriales de las leyes en conflicto. "La solución de este problema —indica el autor citado— no puede depender en cada caso de la voluntad o capricho de quien, como jurisconsulto o juez, tiene que resolverlo. En otras palabras, la territorialidad o extraterritorialidad de las leyes no puede estar abandonada a la voluntad arbitraria, o como se dice en términos más clásicos, a la cortesía de las naciones. . . . Nosotros debemos descubrir algún principio de armonía, escoger indiferentemente o por simples razones de equidad, sea la territorialidad de las leyes o su extraterritorialidad; encontrar el principio de armonía que no destruya, hasta donde sea posible el efecto útil de la ley, o en otras palabras, que deje intacta la mayor parte de la autoridad de la ley. . . ." (93).

Pillet modificó su pensamiento poco después y expresó que la tendencia actual a través de la legislación de los países civilizados conduce a la diversidad de principios. Sin embargo, afirmó la existencia de una forma de solución verdaderamente internacional y general, no como auténtico derecho internacional, sino como sistemas nacionales de solución de cuestiones internacionales, basados en el interés público de las soberanías de proteger a sus súbditos mediante el cumplimiento de sus propias leyes o principios. (94)

A su vez, Surville, F., y Arthuys, F., autores del libro de texto más conocido y más ampliamente usado por los estudiantes, proporcionan estas definiciones sobre la materia: "Es el derecho que determina el dominio respectivo de las leyes civiles de diversos países, cuando ellas se encuentran en conflicto en ocasión de un acto cualquiera" . . . "se puede

(92) Bartin Etienne. *Etudes de Droit International Privé*. Paris. Librairie Maresco Aisé, A-Chevalier-Maresco & Cie. Editeurs. 1899. pp. 229-30.

(93) Citado por Beale, O.C.T. 3. p. 1943. de Clunet, XXI 1894, XXII 1895, XXIII 1896.

(94) Antoine Pillet. *PRINCIPES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE*. 1903. Citado por Beale. O. C. p. 1942.

aún, dentro del mismo orden de ideas, definirlo más exactamente en los siguientes términos: conjunto de reglas aplicables a la solución de los conflictos que puedan surgir entre dos soberanías en ocasión de sus leyes privadas respectivas o de los intereses privados de sus nacionales". (95)

Más claramente se observa el fundamento de la soberanía cuando estos autores dicen: "La solución no está abandonada a la buena voluntad de los pueblos o confiada a la suerte siempre incierta de las armas. Al contrario, el conflicto de derecho internacional privado se resuelve por un tribunal nacional" . . . "Es que los pueblos son independientes unos de otros, es que los Estados son soberanos. De allí que no haya un derecho único posible entre ellos. Lo más que puede admitirse, es que una parte de cada legislación, que se desarrollará en la medida en que aumenten las relaciones internacionales, regirá los conflictos de estas legislaciones con las otras. Pero estas reglas internacionales serán siempre establecidas por los legisladores, conforme a las costumbres y a la civilización de sus pueblos". (96)

Frente a opiniones tan claras y drásticas, poco importa que nuestros autores hayan querido templarlas afirmando que en parte son verdaderas y en parte falsas. Qué sentido puede tener, frente a ellas, el menor entusiasmo internacionalista; sobre todo cuando admiten que: "a falta de un derecho internacional positivo aceptado por todos los pueblos en la hora actual, existe cuando menos un derecho internacional, racional en cuanto a su naturaleza. Este último es susceptible de transformarse a la larga en derecho positivo aplicable a todas las naciones. . . sea por consecuencia de una identidad de principios enunciados en las legislaciones, sea por el efecto de convenciones diplomáticas, sea por la similitud de las reglas seguidas en la jurisprudencia de los diferentes países". (97)

(95) COURS ELEMENTAIRE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Paris. Arthur Rousseau, éditeur. Quatrième édition. 1904 pp. 9-10. 1a. édition 1890; Boale registra una 7a. édition de 1925.

(96) O. C. pp. 11-12-13.

(97) O. C. p. 13.

J. P. Niboyet reincide en la noción de soberanía. En un principio sostiene con Pillet la convicción de que el respeto de las soberanías es el principio fundamental del derecho internacional privado. "Se trata, ante todo —dice Niboyet—, de respetar las soberanías, en vez de excluirlas entre sí. La reciprocidad debe inspirar esa conducta. Si se reserva algún margen a la soberanía de un país extranjero, este Estado extranjero deberá hacer lo mismo; cada uno otorgará y recibirá. De este modo, las concesiones hechas por uno serán ampliamente compensadas por lo que los demás hagan"... "La noción del respeto de las soberanías no puede ser una cuestión de concesión; es una cuestión de derecho, desde el momento en que se deriva de un principio de Derecho internacional público positivo: el del respeto de las soberanías" (98). No obstante, el fundamento inmediato de las normas de conflicto viene a ser el Estado, según lo expresa el autor que citamos en un capítulo dedicado al carácter nacional de las reglas de solución de los conflictos de leyes, cuyas ideas principales copiamos a continuación: "actualmente, cada país da a los conflictos la solución que, acertada o equivocadamente, le parece la mejor. Determinar el imperio de las leyes en el espacio, es hacer, esencialmente, obra de soberanía. El principio de la independencia de los Estados conduce, por lo tanto, a la conclusión de que puede haber tantas reglas de solución de los conflictos de leyes como países diferentes existan. Esto lo llamamos el carácter nacional de las reglas referentes a los conflictos de leyes". (99)

Alejándose de estas ideas, Niboyet cambió su pensamiento hasta el extremo de pronunciarse en favor de la territorialidad de las leyes francesas, como lo demuestra el siguiente párrafo: "Hay que sostener que la preocupación fundamental en el derecho internacional privado debe ser afirmar que la ley francesa se hizo para ser aplicada lo más posible, y que los casos de intervención de leyes extranjeras,

(98) Niboyet. O. C. p. 241.

(99) O. C. p. 305.

aunque necesarios, son un sacrificio y constituyen una anomalía" (100). Si recordamos las teorías de d'Argentré, aceptaremos con facilidad que a esta posición se le nombre neoterritorialista francesa.

Finalmente, Arminjon y Lepaulle reaccionan y se apartan de la soberanía como fundamento del derecho internacional privado. Arminjon dice: "Los conflictos de leyes no son de ninguna manera conflictos de soberanía, las reglas de derecho internacional privado se justifican como todas las otras disposiciones legales, por la idea de justicia y que su solo fin es obtener una solución justa y útil" (101). Por su parte, Lepaulle indica: "No hay, en realidad, ninguna repartición de competencia, sino simplemente una técnica usada por la justicia nacional para permitir su administración"... "Las bases son todos los hechos, toda la realidad en sus elementos esenciales y permanentes; es la materia prima social sobre la cual se apoyan las reglas de derecho la que les proporciona vida, fuerza, y razón de ser". (102)

De los párrafos y citas precedentes podemos resumir los rasgos principales de la escuela francesa. Ella representa una posición nacionalista porque atribuye al Estado nacional la fuerza obligatoria de las normas de conflicto de leyes. En ocasiones, ciertamente, se presenta bajo el ropaje de opiniones intermedias que, sin embargo, no llegan a modificar sus afirmaciones básicas. Tengamos presente que junto a un derecho positivo nacional se coloca un derecho internacional carente de fuerza obligatoria, que sólo indica soluciones racionales, o bien sugiere el respeto de las soberanías, pero cuya normatividad se deposita en lejanías futuras. Las nuevas tesis parecen abrir el camino a consideraciones más realistas, como lo atestiguan las anteriores palabras de Lapaulle. Empero, aunque se vea en las normas de conflicto un procedi-

(100) Citado por Quintín Alfonsín. DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL. cap. II.

(101) Arminjon, Pierre. L'OBJET ET LA METHOD DU DROIT INTERNATIONAL PRIVE.

(102) LEPAULLE PIERRE. LE DROIT INTERNATIONAL PRIVE. Paris. Librairie Dalloz. 1948 pp. 48-49, 65-66.

miento técnico en busca de la utilidad y justicia de la relación, su validez jurídica frente al juez del caso deriva de su pertenencia a la legislación nacional. De todos modos, este criterio será muy conveniente para interpretar con amplitud las normas de conflicto y, en su caso, cubrir el silencio de las leyes. Por este camino se podrían obtener soluciones más adecuadas a la realidad social, causa y origen del problema que se presenta ante los tribunales.

Además del nacionalismo, esta escuela discurre por el formalismo de las normas de conflicto. Persiste en ella la división entre un derecho material, llamado también derecho interno, y las normas de conflicto, reconocidas por derecho internacional privado.

Por último, esta división ha llevado a la escuela francesa a considerar, que si bien aquel derecho incluye entre sus temas la nacionalidad y la condición de los extranjeros, el problema de las normas y del método, problema típico y esencial, se presenta especialmente en el dominio del conflicto de leyes. (103)

ESCUELA AMERICANA

El derecho internacional privado cuenta, en los Estados Unidos e Inglaterra, con pensamientos homogéneos. A menudo encontramos expresiones referentes a la escuela o sistema angloamericanos. Nosotros, sin embargo, haremos principal referencia a la doctrina americana, por dos razones. Primeramente, por la mayor importancia que reviste para nosotros, debido a la vecindad y creciente comercio jurídico entre los Estados Unidos y México. En segundo lugar, porque fue un norteamericano, el Juez Joseph Story, quien expresó los rasgos típicos de este sistema.

Fue tan grande la influencia de Story, que además de que en Inglaterra se le consideró autoridad indiscutible, tuvo algunos seguidores en Europa continental. En Francia; por ejemplo, Foelix siguió su pensamiento. En Alemania, como lo señalan Wolff y Joseph Beale, Savigny reconoció la uti-

(103) Lepaulle Pierre. O. C. pp. 19-20.

lidad de la excelente obra de Story, que no dejó de influir en la suya. Y en Italia, Niccola Rocco, autor del trabajo más antiguo de la escuela italiana moderna, da señales en la segunda edición (1843), de haberlo conocido a través de una revista (104).

Pero antes de que Story influyese en Europa, ésta lo había educado en su riqueza doctrinaria. Así ocurrió gracias a Livermore, primer autor americano sobre derecho internacional privado, y abogado célebre de la barra de Louisiana. Fue a través de su colección de libros sobre esta materia, que entregó a la Universidad de Harvard, como se difundieron en los Estados Unidos las doctrinas de los postglosadores y los estatutarios, holandeses y franceses. En dicha Universidad, llegaron al conocimiento de Story.

De esta manera indirecta, Livermore influyó en la doctrina americana del conflicto de leyes. La suya propia, en cambio, no trascendió. Quizá porque defendía principios rechazados entonces violentamente. La independencia de los Estados miembros de la federación americana chocaba, en efecto, con dos puntos básicos de su obra; a saber: efectos extraterritoriales del estatuto personal; y obligación jurídica de aplicar, en ese y en otros casos, el derecho extranjero (105).

Muy al contrario, Story negaba esos principios. Sostenía que las leyes de un país carecían de fuerza más allá de sus límites territoriales. Es decir, sólo obligaban a las personas dentro de la jurisdicción territorial. "La consecuencia directa de esta regla es —dice Story—, que las leyes de cada Estado afectan y regulan directamente a toda propiedad, sea real o personal, dentro de su territorio, y a toda persona residente, sea nacional o extranjera, y también a los actos y contratos que se efectúan dentro del territorio" (106).

Empero, y esto lo comprendió Story, la rigurosa aplicación de tal principio encierra muchos inconvenientes prác-

(104) Wolff. O. C. pp. 43-44. Beale. O. C. pp. 1913-14.

(105) Beale. O. C. pp. 1911-12

(106) Joseph Story. *Commentaries on the Conflict of Laws. Seventh Edition.* Boston: Little, Brown and Company, 1872. pp. 19-20.

ticos. Para evitarlos, resulta aconsejable aplicar, en cierta medida, el derecho extranjero. Al mismo tiempo se cumple, así, una exigencia moral de hacer justicia. Y fijamos el resorte para un trato recíproco.

Pero la extensión y límites otorgados al derecho extranjero brotan, en la teoría de Story, del juicio particular de cada Estado, y no de obligaciones internacionales. Por lo tanto, el Estado rechazará el derecho extranjero cuando perjudique a sus propios intereses. El consentimiento del Estado limita, a la vez que otorga, toda autoridad a las leyes extrañas. "Se trata, en estricto sentido, de una cuestión de cortesía de las naciones" (107).

Hasta la fecha —indica Wilfred Stumberg—, los tribunales se refieren a menudo a esta idea para fundamentar los efectos otorgados al derecho extranjero. Pero de vez en cuando —añade el mismo autor— han aceptado otras nociones con el objeto de impedir resultados contrarios a la doctrina de la territorialidad estricta (108).

No obstante, varios autores han desarrollado nuevas teorías que parecen alejarse de la tradición. Por ejemplo, la teoría de los derechos adquiridos que —al decir de Beale— persigue alcanzar, como aquélla, un resultado justo, sin incurrir en los defectos de la noción de cortesía.

El propio Beale reconoce, como antes Story, que las leyes nacionales no se aplican siempre dentro del territorio. Con este propósito, hace suya la siguiente cita de Westlake: "La voluntad que impone el derecho nacional dentro de límites territoriales, no decreta necesariamente la aplicación de ese derecho a todos los casos que allí se originen, cuando al actuar así resulten muchos inconvenientes".

Y añade que el derecho nacional que sí se aplica sin excepciones consiste en las normas de conflicto. "Si por el derecho nacional (entiéndase conflicto de leyes) la validez de un contrato depende de la ley del lugar donde fue hecho,

(107) Story. O. C. p. 31.

(108) G. W. Stumberg. PRINCIPLES OF CONFLICT OF LAWS Brooklyn. The Foundation Press, Inc. 1951 p. 7.

entonces esa ley se aplica para determinar la validez de un contrato efectuado en el extranjero, no porque el derecho extranjero tenga fuerza alguna en el territorio nacional, ni por coacción alguna de principios internacionales, sino porque el derecho nacional determina la cuestión de la validez de un contrato, por la *lex loci contractus*". (109).

Son de notarse las palabras: "no porque el derecho extranjero tenga fuerza alguna en el territorio nacional"... Ellas disfrazarán al derecho extranjero con un vestido falso, distinto de la ley, el de los hechos. Las disposiciones extranjeras, únicas aptas —según las normas nacionales de conflicto— para regir la calidez de los contratos efectuados fuera del país, se juzgarán, por los tribunales, como elementos de hecho, y con ese carácter serán tomadas en cuenta al resolver el caso.

De lo anterior, sin duda, deriva lo siguiente: "Cuando un derecho —nos dice Beale— ha sido creado por la ley, el derecho en sí mismo se convierte en un hecho; y su existencia puede ser factor condicionante de nuevos derechos. En otras palabras, un derecho puede cambiar en virtud de la ley que lo creó o de cualquier otra que tenga poder sobre él. Pero si no ha sido modificado, tal derecho debe reconocerse en todas partes; supuesto que al actuar de esta manera solamente se reconoce la existencia de un hecho"... "Habiendo sido creado un derecho por la ley competente para ello, el reconocimiento de su existencia debe seguirlo en todas partes. Por lo tanto, un acto válido en el lugar de su realización no puede ser invalidado en otros lugares" (110).

En Inglaterra, la teoría que reseñamos tienen en Dicey —según Beale— a su más brillante expositor dentro del sistema angioamericano del *common law*. A fin de comprender mejor esta doctrina, copiamos el planteamiento del profesor inglés, que Beale ofrece después del suyo:

"La naturaleza de un derecho —explica Dicey—, adqui-

(109) Beale. O. C. p. 1968.

(110) O. C. p. 1969.

rido bajo la ley de un país civilizado, debe determinarse de acuerdo con la ley bajo la cual ha sido adquirido”.

‘El objeto —sigue hablando Dicey— para el cual existen los tribunales, estriba en remediar la violación de los derechos. Ningún tribunal pretende conferir nuevos derechos basado en la demanda, excepto en el caso de aquéllos derechos que pueden ser necesarios a la reparación del derecho fundamental, o los que se requieran para protegerse de la infracción de un derecho existente. La base de la reclamación del demandante, es que, en el momento de acudir al tribunal posee un derecho; ejemplo: el derecho al pago de una cantidad que ha sido infringido. (En Inglaterra, A demanda el pago de una deuda contraída por X en París, o pide indemnización por un daño que le fue causado por X en París). Para colocar al actor en el principio que estamos considerando, él necesita demostrar que su derecho al pago, o bien a la indemnización, está realmente adquirido. Debe probar que la deuda es una obligación bajo la ley francesa, o que los daños constituyen una ofensa punible por los tribunales de Francia. El derecho inglés, hablando generalmente, no se aplica a actos efectuados fuera de Inglaterra; por consiguiente, el fundamento de la demanda de A estriba en su propósito de hacer valer los derechos obtenidos en Francia, y seguramente no lo conseguirá en el caso de que no demuestre que el motivo de su demanda se reconoce como tal por la ley francesa, o en otras palabras, a menos que pruebe que su derecho a la reparación está reconocido por la ley francesa”.

“Si tal derecho existe en realidad —concluye Dicey—, si A tiene un derecho adquirido, es una cuestión de hecho que se basa en el derecho francés y en las circunstancias del caso” (111).

Otro escritor que Beale menciona para reforzar la teoría de los derechos adquiridos, aporta un argumento muy original y digno de tomarse en cuenta. Se trata del escritor francés Vareilles-Sommieres, quien acepta íntegramente el principio de la territorialidad de las leyes. Postula así mismo que

(111) Citado por Beale. O. C. pp. 1969-1970.

los actos jurídicos se rigen por la ley del Estado en cuyo territorio se realizan, debiendo protegerse en todas partes. Textualmente expresa: "Nadie dice, ni ve, que existe una razón exacta y decisiva para no aplicar el derecho local a los actos realizados por extranjeros fuera del territorio, razón que no aparece cuando se realizan dentro del territorio; y esa razón es el principio de la **no retroactividad de las leyes**". En consecuencia, las leyes francesas, o inglesas, o americanas, dejarán de aplicarse frente a los derechos anteriormente adquiridos en otros países. No se podrán desconocer los derechos de un extranjero adquiridos en el pasado, siempre y cuando —esto es fundamental— los haya adquirido conforme a las leyes donde ocurre el acto que los origina. De lo contrario, el acto será nulo en todas partes y no existirán derechos adquiridos (112).

Es oportuno señalar que las teorías de Beale, Dicey y Vareilles Sommieres implican la teoría del conflicto de leyes. Esta es la cuestión fundamental. "Por cuál ley —pregunta Beale— se determinará si las leyes de cierto país tienen poder legal para crear un derecho (subjetivo), supuesto que si ya fue creado, todas las naciones civilizadas deben reconocerlo. Ciertos juristas dicen que se debe determinar por un pretendido derecho internacional, sobre cuyos términos difícilmente pueden estar de acuerdo. Otros dicen que esta cuestión debe resolverse por las leyes del país en cuyos tribunales se presenta". Y añade: "En realidad se determinará, claro está, de acuerdo con la ley del foro: en virtud de que cada tribunal resolverá conforme a su propia concepción del derecho, independientemente del nombre que se le atribuya. ¿Por qué no reconocer y admitir la verdad?" (113).

Estas conclusiones permiten afirmar, hasta aquí, que la escuela americana adopta un territorialismo atenuado, realmente contradictorio. Es, aparte, formalista. En síntesis: su fundamento jurídico es el Estado; sus cauces, las normas de conflicto.

(112) Citado por Beale. O. C. pp. 1970-1971.

(113) O. C. p. 1974.

Hemos caminado poco más de un siglo. Exactamente la distancia que media entre la obra de Joseph Story y la de Joseph H. Beale (1834-1935). No aparecen entonces cambios radicales. Wastlake (1858) y Dicey (1896) en Inglaterra y Minor (1901) en los Estados Unidos no se apartan de la tradición de Story. Discrepa ligeramente Wharton (1872) en los Estados Unidos al negar los fundamentos de la obligación moral y de la cortesía substituyéndolos por la función legislativa del Estado (114).

Por otra parte, el sistema del common law, que tanta importancia concede a los precedentes judiciales, ha determinado que los autores de la escuela americana dediquen sus mayores esfuerzos a la descripción y comentarios de un catálogo de casos prácticos, parte principal de sus libros. La teoría general, en consecuencia, ha tenido menor desarrollo.

La significación de la obra de Beale es notable. Para el derecho americano su importancia se compara —según Rabel— con el papel histórico de la *Glossa Magistralis de Accursio* en la Edad Media. “Más de un siglo del derecho anglo-americano de casos fue condensado bajo la dirección de su poderosa inteligencia metódica. Valores enterrados en la vasta masa de las decisiones fueron rescatados y conservados para el futuro. En varias materias, la práctica de los tribunales ganó en certeza, y el pensamiento teórico recibió un impulso decisivo: en verdad, creció una nueva literatura”. (115).

Pero no todos han aceptado la teoría de los derechos adquiridos. Rabel menciona a los opositores: Yntema, Cook, Lorenzen y Heilmann entre ellos, quienes han buscado alejarse de los principios territorialistas. Asimismo, Arminjon, Wigny y otros autores europeos han atacado esta doctrina delineada también en Francia por Pillet y por Niboyet.

La teoría de los derechos adquiridos merece varias críticas. En primer lugar, se le reprocha su poca aplicación práctica. Como dice Stumberg, no se pueden explicar, a tra-

(114) Rabel. O. C. pp. 11-14.

(115) Rabel. O. C. pp. 11-14.

vés de ella, muchos casos resueltos por los tribunales, ni, tampoco, resolver o predecir las soluciones de los que se presentan. Efectivamente, no abarca todas las posibilidades de la realidad, supuesto que sólo protege los derechos que se han adquirido ante una ley competente de acuerdo con el criterio de las normas locales de conflicto. En otras palabras, desde un punto de vista nacional --dentro del cual funciona la teoría-- no estarán adquiridos los derechos de una relación, cuando sus elementos, uno al menos, sean ajenos respecto a la ley estimada competente. O al contrario, aquellas relaciones cuyos elementos pertenecan totalmente a dicha legislación sí darán lugar a derechos adquiridos; siempre conforme a las normas de conflicto que maneja el tribunal del caso en controversia. De tal suerte que si la relación llega al estrado judicial de otro país donde las normas de conflicto son distintas, los derechos, adquiridos en aquél, habrán desaparecido para éste; debido a que ambas normas de conflicto señalan distintas leyes internas competentes.

El procedimiento de la teoría expuesta exige dos pasos. Uno, ya lo vimos: saber si la ley conforme a la cual se alega un derecho es competente. El otro, investigar los términos de dicha ley para determinar cuándo nacen, bajo su imperio, las relaciones jurídicas que titula.

A este respecto, Stumberg describe, en las primeras páginas de su libro, un ejemplo muy claro que resumimos a continuación:

A) Elementos de hecho: mujer casada; domiciliada en Massachusetts; se obliga, en el estado de Maine, como fiador de su marido. Finalmente, de nuevo en Massachusetts, se le demanda el cumplimiento de su obligación.

B) Elementos jurídicos: 1) norma de conflicto de Massachusetts, que atribuye competencia, según los precedentes judiciales, a la ley de Maine como ley de celebración del contrato. De la que depende, en consecuencia, la validez del acto; 2) ley interna de Massachusetts, excluida por la norma de conflicto, pero en cuyos términos el contrato sería nulo; 3) ley interna de Maine, competente según vimos en el número 1. Esta ley no reglamenta el caso. Reglamenta la fianza

otorgada en Maine por una cónyuge domiciliada allí mismo. Obligación que, por cierto, considera válida. No se refiere, en cambio, a la fianza que otorga una cónyuge domiciliada en otra parte; 4) norma de conflicto de Maine, que sí considera este caso y lo remite, para reglamentarlo, a la ley interna del domicilio del fiador.

De acuerdo con la teoría ¿qué derecho protegerá el tribunal de Massachusetts? Como tiene que aplicar la ley interna de Maine, no hay derecho que proteger.

No puede haberlo en este ejemplo. Ni siquiera aceptando el reenvío a la ley interna de Massachusetts. Recordemos que invalida esa fianza. Además, el reenvío es muy discutible, por no decir objetable.

Si se hubieran cumplido los requisitos de la ley competente (fianza otorgada en Maine por una cónyuge domiciliada allí mismo), el tribunal de Massachusetts protegería el derecho del actor.

Lo conclusión es evidente: hay un abismo que media entre el funcionamiento ideal, teórico, de los derechos adquiridos, y la poca eficacia que demuestran en la realidad práctica.

En segundo lugar, consideramos que la doctrina en cuestión no salva al territorialismo de la escuela americana, como quería Beale, de los inconvenientes y las críticas. Antes, por el contrario, los agudiza. Veamos de que manera.

Admitir y proteger derechos adquiridos significa reconocer la fuerza de las leyes que los crearon. De nada valdría engañarse con la afirmación de que se trata de simples hechos. No lo son en tanto se protegen íntegramente, tal como se presentan. Y si se admite la realidad que llevan, cómo negar la causa que la produjo, esto es, la ley extranjera competente que les dió la vida? En todo caso aclaramos, si se nos permite la expresión, que los derechos adquiridos son hechos de la esfera jurídica de la realidad, nacidos, en consecuencia, de normas jurídicas vanamente desconocidas por el territorialismo, aún acudiendo a las ideas de cortesía, utilidad y obligación moral.

En tercer lugar no admitimos, de la versión europea de Pillet-Niboyet, la tajante distinción entre la teoría de los derechos adquiridos y el conflicto de leyes. Alega Niboyet que se trata de dos momentos sucesivos y distintos: nacimiento de los derechos en el conflicto de leyes; y protección de los mismos en el extranjero en el caso de los derechos adquiridos (116).

No consideramos oportuna esta separación. El conflicto de leyes lo envuelve todo. A fin de comprobarlo, preguntemos: ¿cuándo existe un derecho adquirido? La respuesta será: cuando se adquiere en virtud de la ley competente. ¿Cuál es la ley competente? La respuesta concreta, mejor dicho, respuestas, porque pueden haber muchas, la dará siempre una norma de conflicto de leyes.

Por lo que se refiere a las nuevas tendencias de la escuela americana, advertimos que no logran quitarse la influencia del territorialismo. El profesor Cook, por ejemplo, parte de una idea equivalente: afirma que el Estado puede atribuir consecuencias jurídicas, según su criterio, a cualquier situación de hecho nacional o extranjera, que se presente a sus tribunales (117).

Existe, en realidad, algo de confusión en las teorías actuales. Lo demuestra la intención de conciliar los efectos de leyes extranjeras, con la vigencia, exclusiva y excluyente, que se atribuye al derecho del Estado. De nuevo se argumenta que las leyes extranjeras no se aplican en cuanto tales, sino que cuentan como hechos relevantes para crear, en virtud de leyes propias, efectos jurídicos locales. Claro está que muchas veces, tal es el caso de los derechos adquiridos, los efectos locales coincidirán con el efecto de las leyes extranjeras.

Pero se afirma que en el fondo hay algo más que un simple juego de palabras entre hechos o derecho. Se trata, —como lo refiere Stumberg— “de que el tribunal aplique a un caso de conflicto sus propias reglas de derecho tomando en consideración todos los elementos del caso, inclusive la ley extranjera; lo cual pondría al tribunal en aptitud de medir la utilidad y conveniencia de los varios resultados posibles.

(116) Niboyet. O. C. pp. 256-259.

(117) Stumberg. O. C. p. 14.

Decidiría, así, que el factor que debe tomarse en consideración para resolver el caso, es la circunstancia de que el contrato fue celebrado en Louisiana, o que se iba a ejecutar en Texas, o que las partes tuvieran la intención presunta de realizar un contrato válido (118).

El sistema parece consistir, en otras palabras, en valorar las consecuencias económicas y sociales de una resolución determinada a efecto de lograr, en última instancia, uniformidad y protección para las relaciones jurídicas. Al mismo tiempo, se necesita una condición imprescindible: que antes de cualquier resolución, se comparen las consecuencias de todas ellas en la realidad económica y social.

De una importante obra, escrita por los siguientes autores: Fowler Vincent Harper; Charles S. Taintor II; Charles Wendell Carnahan; y Ralph S. Brown, Jr., entresacamos varios párrafos significativos del estado actual de la doctrina. (119).

Leemos en la página dos: . . . “En cada caso, la justicia y equidad, así como la conveniencia de administración, sugieren uno u otro de los varios puntos de conexión que se consideran relevantes en el conflicto de leyes”.

En la página cuatro: . . . “Algunas veces uno de estos puntos de conexión es utilizado como determinante para la selección del derecho aplicable y a veces una combinación de dos o más de ellos será considerada para sugerirlo. En cada caso, el tribunal busca el estado con el cual las partes tienen la más estrecha asociación, relacionada con el evento que da origen al problema. En otras palabras, el tribunal busca encontrar lo que se podría llamar, para utilizar una figura del lenguaje, el centro de gravedad de la situación en cuestión”.

En la ocho: “los tribunales consideran la acumulación de puntos de conexión en muchos tipos de casos, aparte de los contratos en los cuales la intención de las partes para co-

(118) O. C. p. 16.

(119) Conflict of Laws. Cases and Materials. Indianapolis. The Bobbs-Merrill Company, Inc. 1950.

nectar una transacción con un estado determinado no es relevante”.

En la setenta y tres: “Al considerar las finalidades involucradas en las disputas de conflicto de leyes, uno se enfrenta inmediatamente a la mayor suposición de toda la materia. El objeto de las reglas de conflicto de leyes es alcanzar la uniformidad de las relaciones legales sin que importe el tribunal donde se efectúa el litigio. Se considera intolerable que los derechos legales y demás efectos jurídicos, tuvieran que variar de estado a estado”.

Pero si la uniformidad resulta inalcanzable, entonces, como leemos en la página siguiente: “No es fácil entender por qué un tribunal debería considerarse limitado a una particular regla de conflicto... “Esto es verdad, particularmente cuando otras finalidades sociales presionan fuertemente para ser reconocidas.” E inmediatamente después: “Quizá la siguiente en orden de generalidad, es la finalidad de seleccionar el punto o puntos de conexión más significativos como una guía para la ley aplicable. Esto es importante, también, como noción de justicia para los litigantes y las comunidades involucradas.”

En la página setenta y cinco: “Cuando dos o más comunidades están afectadas por una secuencia de hecho, la conexión debería considerarse desde el punto de vista de los respectivos intereses de las sociedades afectadas por la peculiar situación de hecho. La situación particular debería recalcar-se porque no siempre las sociedades resultan igualmente afectadas, aunque se conecten con un problema a través de un nexo caracterizado de la misma manera”.

Y en la setenta y seis: “Quizá uno de los criterios de más significación que deben ser reconocidos en el desarrollo del conflicto de leyes es el respeto que se debe otorgar a las finalidades particulares que se incluyen en las leyes domésticas o materiales envueltas en el conflicto. Toda vez que las normas de conflicto de leyes son, en cierto sentido, normas secundarias o de derecho secundario”.

Finalmente, en la página setenta y siete, parece asomar la noción del orden público... “Es el problema de los tribu-

nales, por lo tanto, administrar el derecho de tal modo que alcance resultados justos entre los litigantes particulares, excepto en aquellas situaciones donde una finalidad absoluta puede exigir disposiciones ajenas a los intereses de la inmediata controversia”.

Volviendo, por último, a nuestro juicio sobre la escuela americana, resolvemos calificarla de formalista en atención a las frecuentes referencias al conflicto de leyes y a los puntos de conexión, propios de las normas formales. Sin embargo, al igual que la escuela francesa, tiende hacia criterios más realistas y, por lo mismo, más flexibles y abiertos a la evolución. A veces da la impresión de volverse privatista, cuando se refiere a las repercusiones económicas y sociales de la relación; o cuando quiere tomar en cuenta “las finalidades particulares que se incluyen en las leyes domésticas o materiales envueltas en el conflicto”.

De acuerdo con el fundamento jurídico del derecho internacional privado, esta escuela sigue adoptando, evidentemente, el nacionalismo, ya que deriva el carácter obligatorio de las normas de conflicto de la voluntad del Estado.

Con respecto al contenido de los libros de consulta y de texto, la escuela americana excluye los temas de la nacionalidad y la condición de los extranjeros. Esto se debe, por una parte, a que el *common law* confiere a los extranjeros, substancialmente, todos los derechos civiles, y el derecho de acudir a los tribunales. Por otra parte, a la escasa importancia de la nacionalidad frente al domicilio, principal punto de conexión de los llamados derechos personales.

SISTEMA LATINOAMERICANO

Los rasgos típicos de la tradición europea (en especial las ideas de Savigny y Mancini) han repercutido en Latinoamérica, tanto en la obra codificadora internacional, como en el enfoque de los principales conceptos teóricos del derecho internacional privado.

Naturalmente se presentan soluciones propias en el terreno de la práctica. Las necesidades políticas y sociales, e inclusive económicas, de los países latinoamericanos exigen respuestas jurídicas apropiadas, diferentes a muchas de las conclusiones europeas. Recordemos el contraste entre el principio de la nacionalidad, utilizado en Europa con el objeto de mantener unidos a su patria a los emigrantes; y el del domicilio, acogido en Sud América y en los tratados de Montevideo, con el fin de aplicar el derecho local a los extranjeros domiciliados en el país.

Otros síntomas de las circunstancias latinoamericanas pueden observarse a través de la existencia de las dos codificaciones internacionales: los tratados de Montevideo y el Código Bustamante. Parece existir una atmósfera común, sobre la base de múltiples afinidades histórico-sociológicas. En cierto modo, Latinoamérica participa de gran inclinación hacia el derecho internacional; de un idealismo por la comunidad jurídica de los Estados.

Sin embargo, la dura realidad económica, la urgencia de acelerar su desarrollo, elevar los niveles de vida y mejorar a sus pueblos juntamente con el recuerdo de amargas experiencias violatorias de aquel derecho, propician fuertes reacciones nacionalistas que contrastan con la integración en una comunidad jurídica supraestatal.

G. Myrdal ha dicho, al trazar un esquema de: "El Estado del Futuro", que los países pobres, llamados subdesarrollados, buscan un régimen de economía planeada, estricto control de las fronteras, severa vigilancia sobre lo extranjero. En suma, un nacionalismo acabado (120).

Es natural, en dichas condiciones, una diferencia entre la obra legislativa de los Estados, algunos de ellos cuando menos, y la doctrina que los escritores afirman adoptar. Así mismo, es comprensible el esfuerzo de éstos para conciliar una y otra; para estructurar, al final de su tarea, una doctrina intermedia, encausada sobre los rieles de la tradición clásica, particularmente europea y, más concretamente, francesa.

Según veremos más adelante, de súbito, aunque no de improviso, Latinoamérica irrumpe de los moldes antiguos con

(120) O. C. México, Fondo de Cultura Económica. 1961 pp. 152-164.

la bandera más novedosa y científica del derecho internacional privado. Nos referimos a Quintín Alfonsín, a partir de cuya obra se hace difícil admitir los criterios tradicionales.

Abrigamos la esperanza en el porvenir de esta nueva escuela. Mucha influencia ejercerá, sin duda, tanto en América como en Europa, debido a la sólida fundamentación jurídica que aporta al derecho internacional privado, a la realidad vigente de sus enfoques, y al rigorismo lógico de su construcción.

Es menester, en consecuencia, exponer primero el pensamiento clásico. Nos daremos cuenta, primero, de la opinión tradicional sobre los temas referentes al fundamento y al objeto de nuestro derecho, al igual que a las materias incluidas en la ciencia de su estudio. Así comprenderemos, posteriormente, el marcado viraje de la obra de Quintín Alfonsín.

Encontramos, en primer lugar, el fundamento basado en la justicia. En México, por ejemplo, José Algara dice: "Si defectuoso es el sistema que la justicia rechaza, a los mismos males puede conducir la confusión de las ideas, pretendiendo derivar de la justicia natural toda disposición legislativa, y como se ha querido muchas veces, hasta las formas de gobierno y los sistemas políticos".

"Esto no obstante —añade—, si como base primordial del derecho, con el Instituto de Derecho Internacional, con Laurent, Mancini, Savigny y todos los grandes maestros, proclamamos la justicia, se comprenderá fácilmente cómo el derecho internacional privado no es para mí arbitrario, ni de cortesía, ni de utilidad, ni de benevolencia, sino necesario, como derivación de la justicia" (121).

También en México, un poco después (1908), Luis Pérez Verdía expresaba que tal derecho está . . . "abandonado a la apreciación soberana de cada Estado que debe sin embargo resolverlo conforme al interés social fecundado por la idea de justicia". Y, más adelante: "El derecho internacional privado se funda en el Derecho Natural, expresión eterna de la

(121) O. C. 1899. p. 14.

justicia y de la razón, pudiendo considerarse como el resultado del reconocimiento de un Estado por otro" (122).

José Matos, en Guatemala, parte de "...la existencia positiva e indiscutible de la comunidad internacional, que define Martens como "la unión libre de los Estados con el fin de conseguir mediante sus esfuerzos comunes, el pleno desarrollo de sus fuerzas y la satisfacción de necesidades racionales" (123).

Afirma que los Estados pertenecientes a la comunidad jurídica de las naciones deben observar los principios de derecho internacional privado, pero añade: "...siempre con la reserva que impone el respeto a la soberanía del Estado, condición esencial de su existencia, en lo que se refiere al orden público como se interprete en el país del juez respectivo" (124). E insiste sobre el punto de la siguiente manera:

"En efecto, cuando un Estado consiente en que una ley extranjera se aplique en su territorio a los nacionales de otro Estado, lo hace en nombre de su propia soberanía; hace suyas las soluciones de la ley extranjera por parecerle que son las que mejor responden a la buena administración de la justicia. Y al aplicar sus tribunales la ley de otro país, procede en nombre de la propia soberanía y no en nombre del soberano extranjero" (125).

Visto lo anterior, preguntamos: ¿qué fuerza obligatoria deriva de la comunidad internacional? ¿podemos alegar, entonces, que se trata de una base indirecta, mientras que la soberanía del Estado representa el soporte directo del derecho?

"Yo afirmo —dice Bustamante, como si contestara precisamente a estas preguntas— que el poder legislativo, origen y fuente de todo derecho, en lugar de responder al capricho y poder arbitrario, debe confinarse él mismo dentro

(122) O. C. pp. 13, 16.

(123) CURSO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Talleres Sánchez and De Guise. Guatemala, C. A. 1922 p. 107.

(124) O. C. p. 112.

(125) O. C. pp. 114-115.

de determinados límites, fuera de los cuales no puede ir (126).

Ahora bien, esos límites que deben observarse constituyen el derecho internacional privado, el cual se impone a los tribunales del Estado. Suponemos, por lo tanto, que nuestro derecho surge de una limitación auto-estatal.

Sin embargo, Bustamante declara: "Supuesto que la humanidad está dividida en naciones fundamentalmente iguales en el ejercicio del poder legislativo, debe existir algún principio, precedente, costumbre, jurisprudencia o ley, de universal y absoluta aplicación a todas las cosas y personas. Afirmar la coexistencia de naciones, es afirmar la de sus leyes, y suponer esta, es suponerlas limitadas en aplicación. El poder del mundo no puede desperdiciarse en luchas, la ciencia debe asignar a cada una su esfera de acción; es contrario a la realidad negar el nombre de internacional a un derecho que propone guardar la paz entre las leyes de diferentes naciones" (127).

En otra parte, Bustamante expresó concretamente que el derecho internacional privado surge de la **comunidad jurídica internacional**, entendiéndolo por ella "la unión que resulta de vínculos cada vez más intensos entre los hombres y los intereses de diversa nacionalidad y origen, y de las exigencias que impone la satisfacción de sus necesidades individuales o colectivas" (128).

Antes de seguir adelante señalamos una contradicción entre dos pensamientos; a saber: que el poder legislativo es el origen y la fuente de todo derecho; y que el derecho internacional privado surge de la comunidad jurídica internacional.

Si la segunda proposición es verdadera, la primera tiene que modificarse; así: el poder legislativo produce derecho interno solamente. El derecho internacional privado, por su parte, fijará sus límites al derecho interno, de los cuales

(126) De su obra: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 3 vols La Habana, Cuba, 1931. Citada por Beale en O. C. pp. 1971-72.

(127) O. C. pp. 1971-72.

(128) Citado por Federico Duncker Biggs en DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Editorial Jurídica de Chile, Facultad de Derecho de Chile. 1956. p. 79.

no debe, jurídicamente hablando, ni salirse ni apartarse; a riesgo de incurrir en la arbitrariedad.

Por el contrario, si la que resulta cierta es la primera afirmación, el segundo postulado tiene que ser falso. En consecuencia, el derecho internacional privado surge del poder legislativo que se auto-limita a través de normas propias. Y una vez admitido ésto, poca significación jurídica derivará de las nociones de justicia, interés social, comunidad internacional, etc.; como es el caso de las opiniones de José Algara, Luis Pérez Verdía, José Matos y Bustamante.

Debemos convenir, lógicamente, que las posiciones intermedias no son admisibles en derecho internacional privado. Siempre disfrazarán, bien al nacionalismo, bien al internacionalismo. Esto ya lo habíamos dicho en el capítulo segundo. Ahora insistimos en ello a fin de apreciar claramente el significado de todas las teorías expuestas, lo mismo francesas, que norteamericanas, o bien latinoamericanas.

Firmes en nuestro criterio, pasamos a exponer la opinión de Federico Duncker Biggs —semejante a las de Bustamante y José Matos—; y la de Víctor N. Romero del Prado —afín a las de José Algara y Luis Pérez Verdía—.

Aquel autor dice, al comentar la legislación chilena: “De todas las teorías que hemos analizado en el presente capítulo, fueron sin duda las ideas de Savigny las que mayor influencia tuvieron en el redactor de nuestro código civil, como se desprende de sus propias anotaciones”.

Añade que la idea inspiradora se basa “en el principio de la comunidad de derecho entre los Estados o, si se quiere, en la comunidad jurídica universal del género humano”.

Luego, para concluir, dice: “El autor del Código Internacional que nos rige, don Antonio Sánchez Bustamante, no obstante que critica el método empleado por Savigny, calificándolo de casuístico, reconoce también que en la comunidad jurídica universal tiene su verdadero fundamento el derecho internacional privado, y afirma que la aplicación de

las leyes extranas es un deber impuesto a las naciones por la comunidad jurídica internacional" (129).

Pero estas opiniones deben entenderse con la reserva de un marco nacionalista, a manera de fuente directa del derecho, que otorga el papel de fundamento indirecto y lejano a dicha comunidad internacional. O como lo expresa Dunker Biggs: "... si bien predomina también en él (refiriéndose al derecho internacional privado) el aspecto internacional, no hay duda de que forma parte del Derecho Positivo Interno de cada país, constituyendo en realidad una rama del Derecho nacional de cada Estado. Es esta también la opinión del jurista francés Vareilles Sommieres" (130).

En Argentina, Romero del Prado reconoce dos fuentes de nuestro derecho. "Se trata, ante todo, —dice este autor— del principio primordial de justicia, que quiere que a cada uno se le atribuya o dé lo que le pertenece, *jus sum quique*. Tal era el pensamiento de Savigny y de Mancini" (131).

Seguidamente añade: "La ciencia no puede considerar este tratamiento sino como un deber riguroso de justicia internacional, al que una nación no puede substraerse sin violar el derecho de gentes" (132). Aunque antes, sobre el derecho internacional privado había dicho: "Y este se encuentra contenido en las legislaciones, pues la ley o el derecho positivo constituye una de sus fuentes..." (133).

En la cita anterior se aludía a la legislación nacional, pero desde luego podemos ampliarla y referirnos también al derecho positivo internacional. Así lo autoriza la lógica y lo permite el pensamiento del autor, quien habla asimismo del respeto debido al derecho de gentes. Por otra parte, esta nueva alusión se vuelve indispensable ante la existencia del artículo 3 del Código Bustamante cuyo contenido revela una característica esencial del sistema latinoamericano.

(129) O. C. p. 357.

(130) O. C. p. 27.

(131) El Derecho Internacional Privado en el Código Civil Argentino y en el anteproyecto del Dr. Juan A. Bibiloni p. 15.

(132) O. C. p. 15.

(133) O. C. p. 7.

El artículo en cuestión, dice: "Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: 1o. las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno; 2o. las que obligan por igual a cuantos residan en el territorio, sean nacionales o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional; 3o. las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado" (134).

Se advierte, en el artículo transcrito, la teoría de la personalidad del derecho, que ha prevalecido en los códigos del continente europeo, entre los que cuenta el Código Napoleón, y que fue expuesta doctrinariamente por el italiano Pasquale Stanislao Mancini.

Los tratados de Montevideo no emiten declaraciones de orden general y teórico, limitándose a señalar, frente a las relaciones jurídicas, la ley aplicable a cada una de ellas.

Consideramos, por lo tanto, que la escuela latinoamericana es opuesta a la norteamericana, en la que predomina, según vimos, el principio de la territorialidad, igualmente expresado en el art. 1o. del Restatement on the Law of the conflict of laws, que dice: "Ningún Estado puede expedir una ley que por su sola fuerza sea aplicable en país extranjero; en cada Estado soberano la sola ley en vigor es la de ese Estado. Pero según esta ley, los derechos y otros intereses pueden, en ciertos casos, depender de la ley en vigor en uno o varios estados. . ." (135).

Tócanos ahora investigar cual es —según los autores latinoamericanos— la función de las normas del derecho in-

(134) José Joaquín Caicedo Castilla. Estudio Comparativo del Código Bustamante, Tratados de Montevideo y Restatement on the law of the conflict of laws.

(135) Del estudio citado.

ternacional privado. Pero antes meditemos un poco en el sentido de la expresión usada como título del presente inciso.

Al referirnos al sistema latinoamericano, queremos incluir las notas comunes de la investigación científica. La doctrina, es verdad, no produce derecho, pero ayuda a su comprensión y representa la forma como los hombres entienden el significado de las normas jurídicas. En cuanto a éstas, contamos con dos sistemas internacionales y a ellos nos atenemos. El Código Bustamante asienta en el Art. 3o. el principio teórico característico. Los tratados de Montevideo, ya lo dijimos, no emiten declaración semejante, pero tampoco la contradicen en su reglamentación. Y no nos engañemos por el hecho de que estos tratados regulen la capacidad y el estado civil con la ley del domicilio. Este principio, lo mismo que la nacionalidad, no son territoriales, sino precisamente lo contrario, extraterritoriales. La *lex domicilii* rige al individuo en otro lugar distinto al de su domicilio, con tal que éste no cambie. Asimismo, la ley nacional regirá a las personas mientras no adquieran otra nacionalidad. Desde este punto de vista interpretamos el artículo 7o. del Código Bustamante, que consagra como leyes personales tanto las del domicilio como las de la nacionalidad.

No hemos considerado, pues, legislaciones interiores aisladas. De ahí que el ejemplo del Código Civil Mexicano para el Distrito y Territorios Federales, eminentemente territorialista, no alcance a modificar la opinión general que ha sido expuesta.

Reanudando el hilo de nuestra exposición, se advierte una recia estructura formalista, lo mismo en las normas codificadas que en la doctrina. A veces pudiera creerse lo contrario. Así lo sugieren los siguientes párrafos de José Algara: "Me refiero en la definición a las relaciones jurídicas de los particulares, denotando con esto el objeto y la extensión del Derecho internacional privado; relaciones jurídicas han de ser y no de otro género, y han de interesar directamente a los particulares y no a la nación a que pertenezcan" . . . "Voy a explicarme: en cualquier conflicto de Derecho internacional privado que se suponga, se encuentra siem-

pre el interés particular, sea de un solo individuo o de una corporación, y ese interés constituye lo primario, lo principal, lo directo, independientemente del interés secundario, accidental o indirecto, que representa la nación a la que el particular pertenece” (136).

También lo insinúa Romero del Prado en líneas estupendas: “En conclusión —dice—: consecuencia de esa naturaleza sociable y cosmopolita del hombre es el sinnúmero de relaciones jurídicas privadas contraídas en todos los lugares con personas de diversas nacionalidades o domicilios, sobre cosas de diferentes situaciones, por lo que caen dentro del campo propio del derecho internacional privado, relaciones que deben ser protegidas jurídicamente como un reconocimiento al ejercicio de su actividad en todas partes, siendo precisamente el objeto de aquél regular las que la convivencia origina entre las personas en el seno de la sociedad humana. (Son las relaciones jurídicas —dice con razón Calandrelli— que surgen en el seno de esa sociedad internacional que en cada país se sobrepone a la sociedad nacional sin hacerla desaparecer, cuyos sujetos no son los Estados, entes del derecho público; sino las personas individuales o colectivas, entes del derecho privado, los individuos de los diversos pueblos, aisladamente, dispersos por el mundo y confundidos dentro de la humanidad, los que el derecho internacional privado debe amparar)” (137).

Sin embargo, las opiniones precedentes fueron emitidas refiriéndose a normas de conflicto, es decir, formales, indirectas; con lo cual desaparece la impresión que de pronto habían causado. Demuestran, claro está, una visión más realista, una inquietud más apegada a la vida humana, que no veremos expuesta en todas sus consecuencias jurídicas sino hasta la obra de Quintín Alfonsín.

Los demás autores explican la función del derecho internacional privado en términos más tradicionales, ésto es, más clásicos; por ejemplo:

(136) C. C. p. 8.

(137) O. C. pp. 6-7.

“...el objeto y tendencia del derecho internacional privado consisten en la conciliación de la realidad y de la personalidad de las leyes; pues a la vez que los derechos que pertenecen a todo hombre debe ejercitarlos en cualquier parte, también el Estado en cuyo suelo puede encontrarse, tiene facultad para imponer su ley. De esta suerte, el problema queda reducido como enseña Weiss, a saber en qué medida la soberanía personal se ha de conciliar con la soberanía territorial” (138); “Y de esta suerte aparece esta rama de la ciencia del Derecho en sus verdaderas funciones, determinando en la esfera de la comunidad internacional, los límites en el espacio de la competencia legislativa de los Estados cuando se trata de relaciones privadas que pueden estar sujetas a varias legislaciones (139); “El Derecho Internacional Privado es el conjunto de principios que determinan los límites a la competencia legislativa de los Estados, cuando ha de aplicarse a aquellas relaciones de la vida real que puedan estar sometidas a más de una legislación estatal” (140); “Ahora bien, cuál es el carácter común de todas estas reglas del derecho internacional privado? Consiste en que ellas no resuelven directamente la cuestión debatida, como sucede con la casi totalidad de las normas jurídicas, sino que se limitan a indicar cuál es la legislación aplicable; es decir, no son dispositivas, sino meramente atributivas, en el sentido de que se limitan a atribuir competencia a una legislación determinada” (141); “en esta subcomisión tenemos que adoptar principios de derecho internacional privado que, dejando a salvo completamente las legislaciones de los diversos países, vengán solamente a resolver los conflictos que puedan derivar de la divergencia de esas legislaciones” (142), etc.

(138) Luis Pérez Verdía. O. C. p. 51.

(139) José Matos, O. C. p. 112.

(140) Varios Autores. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. Editorial del Ministerio de Educación Pública. Guatemala 1953. p. 31.

(141) Federico Duncker Biggs. O. C. p. 15.

(142) Dr. Rodrigo Octavio. Ante el Comité Interamericano de Jurisconsultos. 1952. En Caicedo Castilla. O. C.

Terminaremos con el pensamiento clásico en Latinoamérica señalando el contenido que se atribuye a la ciencia del derecho internacional privado.

A este respecto, la influencia francesa es determinante. Se admite, por un lado, que las obras relativas deben incluir los temas de la nacionalidad y la condición de los extranjeros. Por otra parte, el énfasis del estudio recae en el conflicto de leyes, acentuando la opinión de que éste es el problema esencial y característico.

Nada mejor, para entender la situación dominante, que las siguientes palabras, magistralmente descriptivas, de Federico Duncker Biggs: "Hasta hace relativamente poco tiempo los textos publicados sobre nuestro ramo se referían exclusivamente a los conflictos entre las legislaciones de los diferentes Estados, que es lo único que constituye la materia propia del derecho internacional privado".

"Pero últimamente —continúa diciendo Duncker Biggs— los autores le agregan uniformemente otras materias que están estrechamente vinculadas al estudio de los conflictos legislativos, si bien no pertenecen estrictamente al derecho internacional privado. Dichas materias son en primer lugar la nacionalidad y en seguida la condición jurídica de los extranjeros" . . .

"De manera que hoy nos encontramos con que la mayoría de los textos de derecho internacional privado, especialmente los de origen francés, dividen nuestra ciencia en los siguientes capítulos principales:

1. Nacionalidad.
2. Condición jurídica de los extranjeros.
3. Conflictos legislativos: Derecho Civil internacional, Derecho comercial internacional, Derecho Penal internacional, Derecho internacional Procesal y
4. Conflictos de jurisdicción" (143).

En resumen, el sistema latinoamericano presenta las siguientes características:

1. El fundamento jurídico del derecho internacional privado

(143) Federico Duncker Biggs. O. C. pp. 27-28.

se deposita: a) Según la doctrina; directamente en la actividad legislativa interna del Estado; y en la comunidad internacional, ya de los individuos, ya de los Estados, de manera indirecta. A veces también se considera como fundamento indirecto a la justicia. Por tanto, según hemos convenido, la llamaremos nacionalista, pues toda posición intermedia planteada en estos términos conduce al nacionalismo; y b) De acuerdo con las codificaciones internacionales que han sido aceptadas —Tratados de Montevideo y Código Bustamante— el fundamento radica en la comunidad internacional de los estados, siendo, en este aspecto, internacionalista.

2. Es clásico, o formalista, en cuanto a la función de las normas del derecho internacional privado, ya las reconozca bajo el nombre de leyes de conflicto, o de normas de competencia.

3. Sigue a la escuela francesa en el plan de materias que comprende su estudio.

Diferente a lo establecido, surge la obra de Quintín Alfonsín labrando su propio camino en medio de tanto pensamiento tradicional.

La conocemos a través de tres libros; a saber: **El Orden Público** (1940); **Dos Estudios de Derecho Privado Internacional** (Sin fecha, pero lo suponemos entre 1946 y 1955); y **Teoría del Derecho Privado Internacional** (1955). En ellos se tratan exhaustivamente los problemas fundamentales de nuestra ciencia. Encierran el examen y crítica de la concepción clásica y del nacionalismo —por una parte— y en seguida levantan una doctrina internacionalista que se completa con un sistema de normas materiales o directas. La información bibliográfica que nutre aquellas obras es inmensa, completísima por lo que se refiere a la doctrina jurídica en general; y sin temor a equivocarnos, absoluta, en lo tocante al derecho internacional privado.

Es obvio, pues, que sería imposible tratar de resumirla en unas cuantas líneas. Por el contrario, solamente queremos indicar los puntos cardinales que señalan nuevos rumbos al derecho internacional privado y a la ciencia ocupada en su estudio; ideas básicas que han formado, precisamente, el contenido esencial de este trabajo.

Señala Quintín Alfonsín, que la posición nacionalista es incapaz de proporcionar una regulación jurídica idónea para regir la relación transnacional, que él, por su parte, denomina extranacional. Precede a esta observación el convencimiento de que las relaciones transnacionales representan el contenido del derecho internacional privado, cuya función se hace consistir, siguiendo las enseñanzas de Savigny, en proveer a dichas relaciones de un derecho único y apropiado a sus finalidades. Pues bien, nuestro autor indica al respecto: "Ningún Estado elabora su derecho privado internacional atendiendo exclusivamente a las necesidades internacionales de la relación extranacional y contemplando los intereses del *commercium* internacional; cada cual atiende a las necesidades locales de la relación y contempla los intereses locales de su propia sociedad"... En consecuencia: "El Estado como fuente puede producir: derecho privado internacional uruguayo, francés, español... , pero no puede producir derecho privado internacional obligatorio para todos los Estados" (144).

La única fuente normativa que aporta derecho, obligatorio para todos ellos, surge de la posición internacionalista que a su vez se divide en dos: a) fundamentación del derecho internacional privado en el derecho internacional público; y b) postulación de la sociedad internacional de los individuos.

Acerca de la primera, Quintín Alfonsín dice: "Esta fundamentación se utiliza en la teoría clásica, ya que si el derecho internacional privado resuelve conflictos entre Estados con motivo de la aplicación de sus respectivas leyes, el conflicto lo debe resolver el Derecho Internacional Público por medio de su rama especializada, o sea, el derecho privado internacional. Los sujetos del conflicto son Estados y públicos los intereses que el derecho privado internacional regula". Pero esta posición no es satisfactoria porque de la misma fuente derivan las siguientes contradicciones: 1) Normas opuestas de derecho internacional privado; por ejemplo: "Las personas están sometidas a las leyes del Estado a que perte-

(144) Teoría del Derecho Privado Internacional. pp. 36-38.

necen" y "las personas están sometidas a la ley del lugar donde se encuentran"; 2) El Estado implanta "normas opuestas a las supranacionales sin cometer ninguna violación al derecho internacional público ni atraer sobre sí la responsabilidad consiguiente"; 3) "...el derecho internacional público puede ser el fundamento de la vigencia de diversos tratados internacionales en que se estipulan normas de derecho privado internacional opuestas entre sí" (145). Como es el caso del artículo 7o. del Código Bustamante.

Respecto a la segunda fundamentación internacionalista, debemos remitirnos a lo dicho en el capítulo primero sobre la relación transnacional (Incisos C y E). Recordaremos, efectivamente, cómo esta relación da origen a una sociedad nueva, distinta de la comunidad entre los Estados. La integran múltiples elementos originados en las sociedades ya existentes, es decir: personas, cosas, actividades y hechos, ubicados en países distintos cada cual con su propio orden jurídico; circunstancias que sugieren el nombre de sociedad transnacional.

Por su mayor amplitud, por limitar —de hecho— a las comunidades subyacentes, por necesitarlas al mismo tiempo, por su alternativa —en fin— entre regir o desaparecer, y con ella la solidaridad humana, esta sociedad transnacional tiene que aportar su propio derecho: **justamente el derecho internacional privado.**

Se comprenderá, por lo tanto, que semejante orden jurídico debe resolver a su manera los problemas y necesidades jurídicas especiales de la sociedad transnacional y no a la manera de tal o cual derecho nacional. Muy impropio sería, en consecuencia, si todas sus normas fueran del tipo indirecto o formales, que desembocan siempre en algún derecho nacional. Por el contrario, debe contar, sobre todo, con normas directas, materiales, provisorias de la solución jurídica que reclaman la sociedad y relación transnacionales.

Debido a la estructura de las normas directas, Quintín Alfonsín prefiere decir: **derecho privado internacional; a fin de**

(145) O. C. pp. 42-44.

subrayar que se trata de un derecho material, por oposición a formal; y de un orden jurídico que rige relaciones privadas entre individuos, en contraste con el que pretende regir las relaciones (públicas) entre las leyes; o entre los Estados, con motivo de la aplicación de sus leyes.

Pero finalicemos, para cumplir nuestro objetivo, con las mismas palabras del jurista uruguayo: "Las normas de derecho privado internacional que tienen por función proveer de derecho privado a las relaciones jurídicas extranacionales (transnacionales) se fundan en el consenso de la sociedad internacional, entendiendo por sociedad internacional, no la de los Estados, sino la sociedad de los individuos. Esto es, no la sociedad a que se refería Savigny, sino la sociedad a que se refería Jitta".

"Este fundamento es sustentado —añade nuestro autor —por quienes opinan que una norma sólo es jurídica cuando la conciencia social la adopta como tal reputándola obligatoria. Así ocurre con las normas jurídicas nacionales, particularmente con las consuetudinarias, cuya juridicidad reposa en la conciencia de la sociedad nacional". . . . "Las normas dictadas por el Estado no las crea ex nihilo, sino que las extrae, como solución jurídica, de las necesidades sociales". . . . "Las normas del derecho privado internacional surgen como derecho consuetudinario de la sociedad internacional, y reposan en la conciencia social internacional, que las reputa obligatorias".

Y termina diciendo: "Este fundamento, que algunos denominan sociológico parece satisfactorio. A veces es desechado porque se sale del plano puramente normativo y se apoya en el historicismo jurídico; pero toda fundamentación de lo jurídico debe ser extrajurídica para ser satisfactoria" (146).

La explicación final se nos antoja concluyente. El derecho no es, en efecto, un fenómeno ilusorio; no existe sólo en la mente de los juristas. Es tan real como la sociedad, puesto que condiciona su existencia misma. Si destruimos la rea-

(146) O. C. pp. 45-46.

lidad social, no habrá derecho; si en cambio destruimos éste, no existirá el fenómeno social que siempre se apoya en el andamiaje de una estructura normativa. Suprimamos al derecho internacional privado y aniquilaremos la existencia de la sociedad transnacional, óptima expresión de la convivencia humana. ¡Pequeña realidad!

CAPITULO IV

CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LAS NORMAS FORMALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- A.—LA CALIFICACION EN LOS PROBLEMAS DE CONFLICTO DE LEYES.
- B.—DETERMINACION DEL DERECHO MATERIAL APLICABLE.—REENVIO.
- C.—EXCEPCIONES A LA APLICACION DEL DERECHO COMPETENTE:
 - 1.—ORDEN PUBLICO.
 - 2.—FRAUDE A LA LEY.
 - 3.—OTRAS EXCEPCIONES.

LA CALIFICACION EN LOS PROBLEMAS DE CONFLICTO DE LEYES

A través de una norma jurídica, los hechos de la vida social adquieren relevancia jurídica. Por sí solos, no pasan de ser simples acontecimientos cuya realidad merecerá el nombre de social, o natural, pero que no tendrá repercusiones en el campo del derecho. Para alcanzar categoría jurídica se necesita, pues, la tutela de una hipótesis normativa seguida inmediatamente de ciertas consecuencias jurídicas.

Como toda norma se plantea: si es A debe ser B; se requiere, en suma, que los hechos reales pertenezcan al término A de las reglas del derecho.

Si en diversas ocasiones juzgamos que un hecho de la vida social no es jurídico, debemos entender que no conocemos norma alguna que lo incluya en A, es decir, en su hipótesis.

Cuidémonos, sin embargo, de afirmar en sentido absoluto que tal hecho o relación no pertenece al derecho, pues bien puede acontecer que nuestro conocimiento del derecho sea deficiente, ya por falta de información, ya por la perspectiva cultural e histórica que nos impone el grupo social en que vivimos. Por lo tanto, para otros hombres miembros de sociedades distintas, las mismas realidades que nosotros juzgamos ajurídicas, pueden tener significados jurídicos precisos en virtud de normas que les son bien conocidas.

En consecuencia, tengamos presente los postulados de los capítulos anteriores que afirmaban la indisoluble presen-

cia de vida social y derecho. Y entendamos, así mismo, la relatividad del conocimiento jurídico, variable según las épocas, los espacios y los grupos humanos. Podemos aplicar a esta relatividad, la explicación que Nicolás Hartman aplicaba a propósito de la falta de conocimiento de otras realidades: los valores. El dijo que había "estrechez de la conciencia valorativa", pero afirmaba que los valores desconocidos no por eso dejaban de existir. Otra conciencia menos estrecha los descubriría finalmente.

Parafraseando al gran maestro de la axiología, diremos respecto a nuestro tema: podrá haber estrechez de la conciencia jurídica, pero el derecho estará siempre, indisolublemente ligado a la vida social. Otros grupos humanos, de conciencia jurídica más amplia, lo descubrirán.

Aclarada nuestra posición, debemos abordar la manera como el hombre, y en especial el jurista, relaciona los hechos con la hipótesis normativa.

En primer lugar, se advierte que no ocurren dos hechos sociales exactamente iguales en detalle. Habrá, eso sí, grupos de relaciones semejantes, susceptibles de practicar con ellos una clasificación general.

Es esta clasificación general la que constituye la base de un concepto legal. Un concepto legal es, en consecuencia, un modelo mental de una situación general de hecho, o bien, de un grupo de relaciones sociales semejantes.

A los meros conceptos se les añade un ropaje más: el del lenguaje; el de las palabras que nos sirven para expresarlos.

A fin de relacionar los hechos con los conceptos que los agrupan debemos, pues, desentrañar el significado de las palabras e interpretar el concepto, labor que si bien puede ser difícil, bien puede pasar inadvertida en razón de su sencillez, pero nunca deja de ocurrir.

Ocurre lo mismo en el campo del derecho, cuyas normas deben ser interpretadas para conocer los hechos a que se refieren. Se investigará, primero, el significado de las palabras que las enuncian y, en seguida, el sentido de los conceptos que encierran. Terminada esta labor, podemos atribuir

chos incluidos en la hipótesis normativa la definición o el carácter que la conceptualización jurídica de dicha norma quiere darles. Diremos; por ejemplo: ésto, es un contrato; aquéllo, es un bien mueble; éso, pertenece a la patria potestad; ésto, a la tutela, etc., etc.

Cuando así procedemos con determinada relación, estamos, precisamente, calificándola. Niboyet dice: "La calificación no es más que la naturaleza jurídica de una institución" (147).

Puede verse que la calificación coincide con la interpretación. Si tratamos de colocar una relación en la norma que la incluye, estaremos calificando tal relación. Si, en cambio, tratamos de ver a qué relaciones se refiere una norma, estaremos interpretando dicha norma.

La calificación se plantea en todas las ramas del derecho y, por tanto, en el derecho internacional privado. Pero en esta rama, la doctrina clásica la ha convertido en un problema distinto. Veremos en seguida cuáles son los términos de su problemática.

Niboyet añade al concepto anterior de calificación estas palabras: "Se relaciona con los conflictos de leyes, porque la aplicación de una regla de Derecho internacional, supone, necesariamente, la determinación previa de la naturaleza jurídica de la relación de derecho de que se trate; o en otros términos: que ya ha sido calificada". Antes, asienta lo que considera el principio básico de la calificación; dice: "Luego si la calificación dada a una institución, varía de un país a otro, no debe tenerse en cuenta, en cada uno de ellos más que la calificación dada por el juez que conoce del asunto (*lex fori*)" (148).

Niboyet coincide con otros autores. Desde luego con Bartin, que fue el iniciador de esta discusión. Bartin opina que las normas de conflicto suponen la calificación que se encuentra en el derecho material, interno, de cada país, que es expresión de la soberanía estatal y límite, único, pero indis-

(147) O. C. p. 345.

(148) O. C. p. 344.

pensable, de las propias normas de conflicto. Y Arminjon expresa también que las reglas de conflicto son inseparables de la calificación dada por el derecho material interno (149).

Queda bien claro que por *lex fori* se entiende, no sólo el sistema nacional de normas de conflicto de leyes, sino las normas internas de derecho civil, mercantil, etc., cuyas calificaciones serán utilizadas por el derecho internacional privado.

Por su parte, Wolff estima que la calificación no se debe realizar por la *lex fori*, sino por la *lex causae*, o sea, por la ley que según las normas de conflicto debe ser aplicado. "Es necesario —dice Wolff— partir del principio de que una ordenación de Derecho internacional privado concibe todo precepto jurídico extranjero y toda institución jurídica en él basada de la misma manera que aquél mismo Derecho extranjero concibe aquellos preceptos e instituciones, porque carece de una calificación jurídica propia para las creaciones del Derecho extranjero y debe someterse, por lo tanto, a la calificación que el Derecho extranjero haga de sus propias normas. Es la única manera de evitar la aplicación del Derecho extranjero en forma que repugne al espíritu de este Derecho" (150).

En otras palabras, Wolff quiere expresar lo siguiente. Si una regla dispone: "la ley del Estado al cual pertenece el marido en el momento del matrimonio se aplica al régimen matrimonial"; significa que si dos personas se casan, se observarán las disposiciones de la ley a la que el marido pertenece, pero sólo aquellas disposiciones que esta ley coloca en el régimen matrimonial.

Si otra regla ordena: "la ley nacional del de *cujus* rige la sucesión"; significa que cuando un hombre muere, son aplicables las disposiciones a las cuales su última ley nacional reconoce el carácter de derecho de sucesión.

Ernst Rabel, a su vez, se aparta tanto de la *lex fori* como de la *lex causae* para señalar la calificación necesaria a las

(149) *Bartín O. C.* pp. 221-230; *Arminjon O. C.* pp. 330-337.

(150) *O. C.* p. 95.

normas nacionales de conflicto. Su nuevo punto de vista afirma que como estas normas importan la aplicación de todos los derechos materiales del mundo, la hipótesis normativa de cada una de ellas debe ser tan amplia que comprenda, en forma abstracta, las calificaciones de todos. Para ello recurre al derecho comparado y a una técnica racional de abstracción que permita obtener las notas comunes de los diferentes derechos materiales y elaborar con ellas una calificación abstracta, uniforme y universal.

Los métodos anteriores encierran defectos muy graves que, a nuestro juicio, los invalidan.

En primer lugar, se observa que en vez de interpretar las normas de conflicto, es decir, en lugar de aclarar su hipótesis o su categoría —como también se la llama—, para determinar cuáles relaciones sociales comprende, como sería lo natural, se proponen investigar cuál es el sistema jurídico de donde han de tomarse las categorías. Las soluciones aportadas son, ya lo vimos, tres: a) de la *lex fori*; b) de la *lex causae*; y c) de la comparación de todos los derechos materiales.

Semejante problema, no es tal, puesto que toda norma encierra sus propias categorías; esto es, cada una cuenta con sus propios conceptos jurídicos, y no tiene por qué tomarlos prestados de otros órdenes o sistemas jurídicos. El auténtico problema es, pues, el de la interpretación de la hipótesis normativa, es decir, de su categoría.

En segundo lugar, las soluciones concretas merecen críticas particulares.

A la solución de la *lex fori* debemos preguntarle: Si las categorías del conflicto de leyes son las mismas que las del derecho material nacional, para qué sirve entonces el conflicto de leyes?. Es claro que el derecho interno se aplica a relaciones nacionales y el derecho internacional privado a relaciones transnacionales. Por lo tanto, aplicar a éstas las categorías de aquél, significa desvirtuarlas, forzarlas dentro de hipótesis legales que realmente no las comprenden; en fin, implica nacionalizarlas desconociendo sus necesidades.

Desde otro punto de vista, el sistema de la *lex fori* tiene razón; siempre y cuando lo entendamos en términos generales, de la siguiente manera: el sistema de conflicto de leyes es nacional, por tanto, las categorías de las normas de conflicto y su interpretación sólo deben tomarse del orden jurídico nacional. Pero dentro de éste, el sistema de conflicto debe interpretarse ateniéndonos a sus propios elementos, y considerando, como dice Alfonsín, que es expresión de la voluntad del Estado, al igual que el derecho material. Las funciones del conflicto de leyes son distintas de las del derecho interno. De allí que, en alguna forma, el mismo sistema de conflicto nos preste los elementos de su interpretación. Sólo en el caso de que no indique, ni directa ni indirectamente la manera de aclarar sus categorías, podremos recurrir a la *lex fori*. Paso a que nos autoriza, desde luego, la voluntad del Estado que origina a los dos. En este caso, no utilizaremos las categorías de la *lex fori* exactamente, tal como son, sino adaptándolas por analogía, por semejanza, a las relaciones transnacionales.

Respecto a la tesis de Wolff, señalaremos que incurre en un círculo vicioso. En efecto: la aplicación del derecho extranjero es procedente cuando así lo indica una norma de conflicto; esta norma se aplica a determinadas relaciones de hecho indicadas en su categoría; no se puede recurrir, por tanto, al derecho extranjero, para saber cuáles relaciones están incluidas en la categoría de la norma; supuesto que tal derecho sólo es competente si se dan las relaciones que la categoría de la norma define. Arminjon observa, frente a los dos ejemplos que dejamos citados al exponer la tesis de Wolff, que tanto uno como el otro están previamente calificados por el orden jurídico nacional de las normas de conflicto; una relación se calificó dentro del derecho sucesorio; la otra, dentro del régimen matrimonial. Lo que Wolff plantea no es el problema de la calificación de las normas de conflicto, sino el problema de la correcta aplicación de la ley declarada competente, que algunos autores han denominado calificación secundaria.

Además, la calificación por la *lex causae* resulta más de-

fectuosa que la aplicación de la *lex fori*. Basta considerar que el derecho material extranjero es expresión de la voluntad de otro Estado y que su sistema jurídico atiende a otra sociedad, a otras necesidades; en suma, que se trata de un sistema de derecho completamente ajeno, con sus propios conceptos y categorías jurídicas.

Por lo que se refiere a la tesis de Rabel, su principal defecto estriba en que no proporciona verdaderas calificaciones jurídicas. Los conceptos abstractos y universales propuestos por el derecho comparado no pertenecen a ningún orden jurídico; la comparación es una técnica racional, un proceso del pensamiento, pero no la fuente de una norma jurídica ni, por consiguiente, de categorías jurídicas. Las categorías universalmente comprensivas de Rabel tendrían efectivamente rango jurídico si estuvieran previstas por una norma supranacional. Este, sin embargo, no es el caso, supuesto que Rabel admite que las normas del derecho internacional privado son nacionales y para ellas busca elaborar sus categorías uniformes. La posición nacionalista de las normas de conflicto no admite más categorías jurídicas que las del orden jurídico nacional y, siempre que éste así lo disponga, las del orden jurídico señalado expresamente.

El verdadero planteamiento de la calificación tiene que preguntar cuál es el alcance extensivo de una norma. O sea, debe averiguar a qué relaciones de la vida se refiere; qué extensión tiene, en fin, su hipótesis o categoría. Visto el problema desde la relación misma, calificarla significa situarla en tal o cual norma; atribuirle, por tanto, la naturaleza jurídica de una norma determinada.

A este respecto, Quintín Alfonsín dice: "Para conocer, pues, la extensión de una categoría, normalmente es menester el dominio de una técnica jurídica; pero no de una técnica cualquiera, sino, exclusivamente, de la técnica del orden jurídico al cual la categoría pertenece" . . . "Cada orden jurídico tiene, en efecto su cuadro propio de categorías, y cada una

de ellas tiene la extensión que sus sistema le asigna" (151).

La desviación que la doctrina tradicional introdujo en el problema ignora estas verdades. Su punto de vista equivale, por ejemplo, a la siguiente regla que todos se apresurarán a desechar: "para juzgar qué relaciones comprende, en México, el artículo 15 del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales bajo la expresión, forma de los actos, hay que consultar el código civil alemán".

En consecuencia, las relaciones nacionales se deben calificar en las categorías del derecho nacional, no en las categorías de otro derecho, ya sea extranjero o supranacional.

Las relaciones transnacionales, en cambio, se calificarán en las categorías del derecho internacional privado. Así mismo, en virtud de la existencia de la posición nacionalista y la internacionalista, la calificación se hará de acuerdo con las normas nacionales de conflicto de leyes; o bien dentro de las categorías supranacionales que lo constituyen. Buscar la calificación en el cuadro de categorías de un sistema diferente, es siempre un error y una inconsecuencia jurídica.

Aun cuando se argumenta, a veces, que el principio establecido presenta varias excepciones, en realidad no sufre ninguna. Bartin considera que la única excepción es la de los bienes muebles e inmuebles. Todas las reglas comprendidas en el régimen de bienes —dice Bartin— hacen depender la enajenación de bienes particulares de la *lex rei sitae*, y para cumplir con la seguridad de las transacciones la calificación de muebles e inmuebles debe hacerse por la *lex rei sitae* en cuestión. El argumento encierra un hecho verdadero: la calificación entre mueble e inmueble se encomienda a la *lex rei sitae*. De aquí, sin embargo, no se sigue que haya una excepción al principio de que las calificaciones se efectúan dentro de las categorías del orden jurídico al que la norma pertenece. Debemos reparar en que antes se hace una calificación superior, y decimos: esto, es un bien; por tanto, debemos aplicarle

(151) Dos Estudios de Derecho Privado Internacional. Montevideo. Biblioteca de Publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo. pp. 58-59.

nuestra norma de conflictos que dice: "Los bienes se rigen por la *lex rei sitae*". El proceso exige, de nuestra parte, la interpretación del alcance extensivo de esta norma, la determinación de lo que ella entiende por los bienes; lo cual sólo puede lograrse atendiéndonos al sistema de conflictos al que la norma pertenece.

Concluimos, por lo tanto, que la calificación es un problema de interpretación de la categoría normativa. Y que siempre, sin excepciones, la interpretación se debe llevar a cabo de acuerdo con la técnica jurídica del sistema de derecho al que tal norma pertenece, en cuyas definiciones legales, normas constitutivas, disposiciones legales que a dicha categoría se refieren (que indirectamente precisan la extensión), detalles y estructura, encontrará el intérprete la solución.

DETERMINACION DEL DERECHO MATERIAL APLICABLE.— REENVIO.

Una vez conocidas las relaciones a que se refieren las reglas del derecho, el intérprete debe conocer el resultado jurídico que la norma les asigna. Se trata, en este paso, de averiguar el término B de la estructura normativa; es decir, lo que tal norma dispone, ordena, y liga con un deber ser —jurídico—, acerca del término A que representa su categoría.

En vista de su cometido propio: disponer el derecho aplicable; el término B que comentamos se ha llamado exactamente disposición de la norma.

Tenemos, pues, que repetir lo dicho acerca del conocimiento de la categoría. Esto es, indicar respecto a la disposición, la indispensable interpretación de las palabras y de los conceptos por ellas expresados.

Un punto parece indiscutible: que tal interpretación debe hacerse con la técnica del orden jurídico al que la norma pertenece.

Esto, sin embargo, no agota el problema. Las normas indican el derecho inherente a la relación en varias formas, según se trate, como vimos en el capítulo anterior (inciso A),

de normas materiales o formales. Las materiales lo señalan directamente; las formales, de manera indirecta.

Dos ejemplos expresarán mejor esta diferencia: a) la norma que dice: "la mayoría de edad se adquiere a los veintún años", es directa; b) en cambio, aquélla que dispone: "la capacidad se rige por la ley nacional de las personas", es indirecta.

Determinar el derecho material aplicable no ofrecerá dificultades en las normas directas. Pero sí las habrá en las indirectas, pues no indican, de hecho, la solución, sino que la trasladian al ordenamiento jurídico expresado brevemente en el punto de conexión.

La teoría clásica del derecho internacional privado se basa en la existencia de normas de conflicto; se compone, por tanto, de normas indirectas. He aquí la razón de tantos problemas y discusiones que aporta la materia. En primer lugar, la interpretación de los puntos de conexión y en seguida, la manera de tratar el sistema de derecho que resulta competente.

Para interpretar el punto de conexión debe acudirse al orden jurídico de la norma. En consecuencia, se consultará, por ejemplo, el derecho internacional privado inglés para saber lo que significa la conexión domicilio, usada por sus normas de conflicto. Consultar otro derecho será una inconsecuencia. Así ocurrirá también en los siguientes puntos de conexión: sede de una persona jurídica; residencia habitual; estancia; lugar de celebración del contrato; lugar de su cumplimiento. Algunos no presentan dudas y será fácil interpretarlos, si el sentido jurídico responde al significado lógico, a saber: *lex rei sitae*; *lex loci actus*; lugar de celebración del proceso, etc. Pero si hubiera discusiones, como en lo referente al lugar donde se estima realizado un delito, la solución tiene que darla el orden jurídico a que tales puntos de conexión pertenecen a través de las respectivas normas de conflicto.

No obstante, se alega una excepción en lo referente al punto de conexión nacionalidad. Se advierte, y debemos es-

tar de acuerdo, que sólo cada Estado puede atribuir su propia nacionalidad; no puede otorgar, en cambio, la de otro Estado; al igual que la suya no puede ser atribuida por los demás. Luego entonces, la determinación de la nacionalidad no podrá realizarse de acuerdo con el sistema legal de la norma de conflicto, sino acudiendo a las reglas del Estado cuya nacionalidad se dice tener.

A pesar de las razones anteriores, cabe preguntar ¿son una misma cosa la nacionalidad vínculo político, y la nacionalidad punto de conexión? La doctrina contemporánea escoge la negativa. Reconoce, asimismo, que el vínculo político de la nacionalidad sólo puede otorgarlo el propio Estado que lo confiere. Pero añade que las normas de conflicto no utilizan este concepto político; elaboran, a su vez, un concepto suyo, útil únicamente para conectar determinada categoría normativa con cierto derecho que se reputa competente. Caso en el cual —es forzoso concluir— la interpretación de semejante punto de conexión puede y debe hacerse consultando el sistema jurídico de la norma de conflicto que lo utiliza.

Difícil es, en verdad, acostumbrarse de pronto a este criterio. Pero desde el campo del derecho internacional privado funciona satisfactoriamente. La nacionalidad política hace fracasar a la norma de conflicto frente a los apátridas. No habrá, en efecto, ningún derecho competente para regirlos. Por el contrario, la nacionalidad como noción apolítica, propia de la técnica de las normas indirectas de conflicto de leyes, revelará al intérprete, de alguna manera, el derecho competente para regir a los apátridas y a cualquier otra persona.

Como quiera que sea, una vez resuelto el punto de conexión, nos encontramos con un sistema de derecho competente ¿Cómo estimarlo? ¿Qué normas tomaremos de su contenido: las materiales, las de conflicto? ¿Es, acaso, unitario e indivisible? ¿Sólo funciona a través de sus propias normas de conflicto? Llevada por estas dudas, la doctrina clásica dió lugar al problema del reenvío.

Este problema representa el juego de normas de conflic-

to distintas, cada una con disposiciones diferentes: una sanciona el domicilio como punto de conexión; la otra, la nacionalidad; o bien, una el lugar de celebración de un contrato y otra el lugar de su ejecución, etc. Niboyet aclara que supone un conflicto negativo, pues ninguno de los países que intervienen quiere aplicar su ley. "Se le formula —dice Niboyet— de la manera siguiente: cuando, conforme a las reglas de conflicto de leyes de un país, la ley de otro país es competente ¿habrá que aplicar las disposiciones de puro derecho interno de este último país o se aplicarán sus reglas de derecho internacional privado?" (152).

El reenvío sólo aparece al aplicar las normas de conflicto del último país. De ahí se reconocen dos clases de reenvío. Será de primer grado si la solución regresa al punto de partida; se llamará de segundo grado si la solución es enviada a un tercer país.

Martin Wolff proporciona magníficos ejemplos de los que tomaremos dos para aclarar este punto.

1) Ejemplo de reenvío en primer grado: "Un danés con domicilio en Berlín fallece. Se entabla el correspondiente juicio sucesorio en Berlín o Copenhague. El juez berlinés tiene que aplicar Derecho danés, en virtud del principio de la nacionalidad establecido en el Derecho (de conflictos) alemán, y el juez de Copenhague, Derecho alemán, porque el danés sigue el principio del domicilio. Si se acepta el principio del reenvío, el juez alemán aplicará Derecho alemán y el juez danés aplicará Derecho danés" (153).

2) Ejemplo de reenvío en segundo grado: "Fallece en Varsovia un inglés que tenía allí su domicilio. Como, además, dejaba bienes inmuebles en Berlín, se plantea en esta ciudad un litigio entre los pretendientes a la sucesión. Según el Derecho internacional privado alemán, esta sucesión debía registrarse por el Derecho inglés, por ser el nacional del causante; según el Derecho internacional privado inglés, rige el Derecho del domicilio, o sea el Derecho polaco; pero el Derecho interna-

(152) O. C. pp. 317-318.

(153) O. C. pp. 119-120.

cional privado polaco reenvía, a su vez, al Derecho inglés. La cuestión que se plantea es si el juez alemán debe aceptar el reenvío ulterior a Polonia (y el reenvío de ésta a Inglaterra, así como el nuevo reenvío de Inglaterra a Polonia)” (154).

Los ejemplos pueden multiplicarse indefinidamente. Así también se han presentado en ocasión de los contratos, divorcio, matrimonio, letras de cambio, etc. y no sólo con motivo de transmisiones hereditarias.

A favor del reenvío se han alegado varias razones y, asimismo, se le rechaza con otros argumentos. Veamos, pues, unos y otros.

Originalmente, a partir del caso Forgo (1878) que planteó con toda claridad el reenvío y dió pié a la discusión teórica, el argumento principal estima que la legislación extranjera forma un todo indivisible. Consultarla implica, en consecuencia, obedecer sus propias normas de conflicto que indiquen si debe aplicarse o sí, por el contrario, es incompetente.

Aun más, cuando la misma ley rechaza la competencia que se le atribuye, no hay motivos para aplicarla. Ella sola se ha eliminado.

Finalmente, el reenvío se recomienda para lograr uniformidad en la solución de los conflictos. Cumplir lo que ordena la norma extranjera de conflicto de leyes significa —así parece— dictaminar como lo haría el juez de aquel país. Por tanto, el problema recibiría igual respuesta en ambos lugares.

Las objeciones contrarias a estos argumentos demuestran la poca solidez que abona la existencia del reenvío, aún en el terreno de la doctrina clásica.

Al primer argumento, Niboyet opone dos objeciones (155): a) las normas de conflicto son expresión de la soberanía estatal, y su función estriba en limitar el ámbito de la propia soberanía. Aceptar el reenvío implica, en consecuencia, someterse a la soberanía extranjera, obedeciendo los límites de las normas de conflicto extranjeras, que son aptas únicamente para el Estado que las promulga; y b) el reenvío

(154) O. C. p. 121.

(155) O. C. pp. 326-337.

no tiene solución de continuidad. Como el derecho extranjero es indivisible, no hay razón para negar dicho atributo a todos los órdenes jurídicos nacionales. De tal suerte que cuando el derecho extranjero reenvía la solución al derecho nacional, deben consultarse también las normas locales de conflicto, y de nuevo se acudirá al derecho extranjero, que regresará la solución al derecho nacional, etc., etc. O bien, el derecho extranjero conducirá a un tercer derecho, que conducirá a otro, y éste a otro, porque siempre deberán consultarse las normas de conflicto, habida cuenta del carácter indivisible de todos ellos. Qué razón de peso existirá para interrumpir el reenvío? De no ser la conveniencia nacional, no hay razones. Precisamente Wolff expresa acerca del reenvío: "Es saludable en aquellos casos en que conduce a la aplicación del Derecho propio del juez" . . . "parecerá siempre cosa absurda que, por ejemplo, en el caso de la sucesión de un argentino domiciliado en Alemania, el juez alemán tenga que aplicar Derecho sucesorio argentino y el juez argentino Derecho sucesorio alemán". (156). La doctrina clásica no sabrá responder, en este caso, a una pregunta de vital importancia ¿Para qué sirve, entonces, el derecho internacional privado?

El segundo argumento conduce a la escuela de la cortesía internacional cuya base no es jurídica, sino de conveniencia, de hecho, de utilidad. La tesis que se critica dice que si la misma ley se declara incompetente, no se debe aplicar, pues ella cede la solución a otra ley, es decir, realiza un acto de cortesía.

Por otra parte, es obvio que las soluciones uniformes del tercer argumento no se pueden lograr más que en unos cuantos casos; por ejemplo, si un país admite el reenvío y el otro lo prohíbe. De lo contrario, el juez del país competente admitiría el reenvío. Situación en la que no habría uniformidad en las sentencias. Repitamos el ejemplo de Wolff: ". . . parecerá siempre cosa absurda que, por ejemplo, en el caso de la sucesión de un argentino domiciliado en Alemania, el juez alemán tenga que aplicar Derecho sucesorio argentino y el

(156) O. C. p. 126.

juez argentino Derecho sucesorio alemán". Aceptando los dos el reenvío, cada quien aplicará su derecho nacional. Se excluye, pues, la uniformidad prometida. Y la que se puede lograr es aleatoria y resulta insuficiente.

En vista de la discusión expuesta opinamos, junto a gran mayoría de autores, que el reenvío no tiene consistencia lógica. Sin embargo, su aparición responde a la estructura de la concepción clásica del derecho internacional privado. Las llamadas normas de conflicto han sido interpretadas como leyes que distribuyen competencia. Las relaciones interindividuales han permanecido en segundo plano, atrás de las supuestas relaciones entre países, órdenes jurídicos, poderes legislativos, leyes. Se busca, en suma, una medida justa y abstracta de competencia legislativa. Pero se ha ignorado que semejante principio de justicia no puede existir dentro del nacionalismo. Todos los Estados son iguales ante el derecho, se afirma categóricamente. En consecuencia, ninguno estará facultado para distribuir el ámbito jurídico de los demás. Rompería la igualdad que se pregona. Solamente una instancia superior puede ejercer satisfactoriamente la repartición de competencias.

Al margen de la doctrina, la jurisprudencia de varios países utiliza el reenvío. Sobre todo cuando regresa la solución al derecho nacional. Pocos, verdaderamente escasos, serán los ejemplos de reenvío en segundo grado cuya observancia determine un derecho extranjero estimado justo y conveniente para el litigio. Los motivos que han guiado a los tribunales han sido motivos de hecho; intereses o conveniencias que el juez dilucida en nombre del Estado.

Es natural que las doctrinas contemporáneas busquen nuevas interpretaciones. Que se persiga la justicia a través de una técnica eficiente.

Desde este punto de vista, el reenvío sólo complica la expresión del derecho aplicable. Obstaculiza las previsiones de las partes en litigio, volviendo incierto el futuro de la relación. Resulta necesario eliminarlo; inclusive sin apartarse de las normas de conflicto, como lo hace la escuela privatista

contemporánea valiéndose de un criterio más cercano a la relación transnacional (157).

Esta nueva escuela niega que las normas indirectas resuelvan conflictos entre leyes (opinión clásica). Distribuyen, de hecho, la competencia de los distintos órdenes jurídicos por el modo indirecto de señalar la consecuencia inherente a la categoría. Pero su función principal consiste en expresar dicha consecuencia breve y concentradamente en el punto de conexión.

Una vez consultado el propio derecho internacional privado, no se consultará ya el sistema extranjero de conflicto. No existe razón para ello, supuesto que sólo buscamos develar el derecho material, concentrado en el punto de conexión.

Pero develar este punto implica buscar en las normas internas del derecho extranjero. De ahí que, al mismo tiempo, se limite la competencia de la *lex fori*, excluida en este caso, a la vez que se otorga competencia al derecho material extranjero que resulta aplicable.

Tenemos, entonces, dos perspectivas: 1) aceptar que apliquemos derecho extranjero; y 2) negar que se aplica derecho extranjero.

En el primer caso, añadiríamos que así ocurre en virtud de la soberanía del Estado que se expresa en sus normas indirectas. La distribución de competencias queda, por tanto, en manos de la voluntad estatal.

Para el segundo caso tendríamos listas dos explicaciones: a) el punto de conexión nacionaliza el derecho material extranjero; y b) el punto de conexión crea su propio derecho material a imagen y semejanza del extranjero.

En todo caso, no dejará de ser complicada —y quizás ficticia— la interpretación de las normas de conflicto, ya sea desde el punto de vista clásico, o según el criterio privatista. Reconocemos, sin embargo, todo esfuerzo para eliminar el reenvío facilitando el mecanismo de la escuela clásica del derecho internacional privado.

(157) Alfonso. Derecho Privado Internacional, Capítulo II.

Nosotros queremos ir adelante y eludir completamente los problemas clásicos. Así parece reclamarlo el desarrollo creciente de la solidaridad humana y su intercambio jurídico.

Frente al aumento de las relaciones transnacionales y la creciente organización administrativa internacional independiente del Estado, la única manera de otorgarles protección jurídica válida y eficaz, radica en un sistema de normas directas, materiales y de carácter supranacional; es decir, libres a un tiempo de teorías complicadas, abstractas, y del absorbente poder de la voluntad del Estado.

EXCEPCIONES A LA APLICACION DEL DERECHO COMPETENTE.

La función propia del derecho internacional privado consiste en establecer el régimen jurídico de la relación transnacional. Según el sistema de conflicto de leyes, el derecho aplicable será, en la mayoría de los casos, derecho extranjero. De acuerdo con las ideas que hemos propuesto, la relación contará con un derecho transnacional, adecuado a su naturaleza.

A través de cualquiera de los dos sistemas determinaremos, finalmente, cuál es el derecho aplicable a dicha relación, cuya vida normal discurrirá protegida por aquel orden jurídico. Sin embargo, no siempre se aplica el derecho que naturalmente conviene a la relación. El Estado nacionaliza muchas de las relaciones indicadas. Tanto sus jueces como sus funcionarios administrativos suelen aplicar la *lex fori* en contra de los principios del derecho internacional privado, explicando que estas actitudes son excepciones a las reglas de conflicto.

La palabra excepción es engañosa. Induce a pensar que se trata de algo esporádico pero inevitable, como si realmente fuera cierto aquello de que la excepción confirma la regla. Nosotros dudamos de la verdad de esta proposición. Las reglas se confirman a través de su cumplimiento. Tanto más en el campo del derecho, donde contravenir sus normas sig-

nifica violarlas, es decir, actuar ilícitamente. A lo que parece, sólo tenemos dos caminos: obedecer el derecho o violarlo.

¿Cómo justificar, entonces, las excepciones al derecho internacional privado? O el funcionario se excede y actúa ilícitamente, o su conducta está prevista en la hipótesis de una norma superior, y resulta conforme a derecho. Pero en este caso ya no se trata de excepciones, sino precisamente de la aplicación de una regla distinta, cuyo carácter superior limita y subordina la esfera de aplicación de las normas inferiores. Recordemos, en efecto, que no pueden existir antinomias o contradicciones entre dos normas del mismo orden jurídico.

Inmediatamente aclaramos que, en nuestra opinión, el orden jurídico estatal queda subordinado al orden jurídico internacional, a cuyos dominios pertenece el derecho internacional privado. En consecuencia, deben existir normas supraestatales que fijen las llamadas excepciones atribuyéndoles jurisdicción, limitándolas y armonizándolas con las demás reglas del orden internacional. De lo contrario, dichas actitudes serán actos ilícitos, verdaderas violaciones del Estado.

Pero si afirmamos que el Estado actúa correctamente aplicando su *lex fori* cuando lo estima pertinente, no obstante los mandatos de las reglas de conflicto de leyes o de las normas transnacionales, deberemos ser consecuentes en admitir que no existe el derecho internacional privado y que la voluntad estatal, invencible, omnímoda, maneja a su antojo la interdependencia humana; mejor dicho, la corrompe y destruye.

Por lo tanto, debemos investigar la naturaleza y el carácter de las excepciones propuestas por la doctrina y la jurisprudencia en el campo de nuestro derecho, siendo las principales el orden público y el fraude a la ley.

1) El Orden Público.

Es opinión generalizada que la ley extranjera no puede aplicarse, aun cuando fuera competente, si se opone al orden público. Niboyet observa que esta noción desempeña el papel de un remedio, en caso de que la ley extranjera perjudique

verdaderamente al país donde tiene que aplicarse: "hay que recurrir —dice Niboyet— a una medida que pudiéramos llamar de **legítima defensa**, a una medida de **defensa social**, a un remedio; y precisamente este remedio no es otro que la **noción del orden público**, el cual evitará el perjuicio que su exclusión ocasionaría; un obstáculo se colocará ante la ley extranjera, y de este modo **se evitará el aplicarla**" (158).

A este respecto, Wolff distingue entre la **cláusula de reserva** y el **orden público** propiamente dicho (159). Aquella es la excepción que protege a éste. Por un lado tenemos un conjunto de principios o normas llamadas **orden público** y, por el otro, el mecanismo técnico de una excepción al derecho extranjero, llamado **cláusula de reserva**. No pueden existir uno sin el otro; entre ellos hay una relación necesaria; como de un contenido que se protege y una coraza que lo defiende; o mejor dicho, la relación entre una institución jurídica y su manera de funcionar.

No todos admiten el carácter de excepción del **orden público**. Esta idea parte de Savigny. Pero de Mancini surge la idea de que representa uno de los principios en que se apoya el derecho internacional privado. El **orden público** se identifica en su tesis con las normas territoriales, que no pueden seguir al individuo fuera del país, en contraste con las normas personales que lo siguen a todas partes en virtud de la nacionalidad. En cambio el **orden público** se aplica dentro del territorio, lo mismo a nacionales que a extranjeros (160).

También Pillet hace coincidir normas territoriales y **orden público**, asignándole competencia normal, no excepcional (161).

De acuerdo con este sistema, existirán dos tipos de leyes: las personales, que Pillet denomina **permanentes**, cuyos efectos atraviesan las fronteras siguiendo a la persona; y las de **orden público**, de aplicación territorial exclusiva, y que

(158) O. C. pp. 381, 384.

(159) O. C. p. 105.

(160) Wolff, O. C. p. 48.

(161) Niboyet, O. C. pp. 382-383.

por aplicarse a nacionales y extranjeros Pillet denomina **generales**.

Siguiendo el criterio de Savigny contaremos con tres tipos de leyes: las personales, las territoriales por mandato de una norma de conflicto, y las normas del orden público, aplicadas solamente cuando por excepción se rechaza la competencia de la norma extranjera.

Consideremos ahora que una ley personal es invocada en determinado país y supongamos que se trata de la ley competente. Sin embargo, dicho país juzgaría, llegado el caso, que la aplicación de tal norma va en contra de principios básicos de su estructura jurídico-política. En consecuencia la rechazará basándose en la excepción del orden público. Advertimos que la teoría de Mancini y Pillet carece de elementos para explicar el fenómeno descrito. Suponemos entonces que, frente a las mismas circunstancias, desprovistos de la excepción salvadora, tendríamos que aplicar esa ley personal, aun a riesgo de perjudicar la estructura fundamental del Estado.

Ahora bien, si de proteger al Estado se trata, si no se quiere dañarlo de ninguna forma, estimando difícil prever y aun evitar las normas peligrosas, es oportuno acudir al territorialismo del derecho estatal, y a la teoría de la cortesía, por si aquél resulta impráctico. Así, el derecho extranjero dependerá de la voluntad del Estado, la cual actuará por motivos de reciprocidad, conveniencia, utilidad, etc. No existe obligación de aplicar el derecho extranjero. En consecuencia, la excepción de orden público resulta innecesaria.

Cierto es que el origen histórico de la presente excepción surge del tercer postulado de Ulrico Huber, defensor de la cortesía. Sin embargo, en esta doctrina sólo figura como inútil adorno; carece de oportunidad para cumplir en ella sus funciones.

Tal como lo vemos ahora, es decir, en su carácter de legítima defensa, de facultad del Estado para protegerse, la idea parte de Savigny, quien admitía la obligatoriedad de la aplicación de la ley extranjera por mandato de las normas de conflicto de leyes.

El motivo del orden público estriba en la defensa del Estado. Este busca la conservación de su propia estructura fundamental. Por eso elimina todo aquello que pueda lesionar las características que le son propias. Unánime es el acuerdo sobre este motivo. Las diferencias surgen al definir la extensión, o lo que es lo mismo, el contenido del orden público.

Por otra parte, el daño al Estado puede venir del exterior o del interior; arribar en relaciones transnacionales o manifestarse en relaciones internas. De allí la eficaz distinción de Brocher —sugerida también por Savigny— entre orden público interno y orden público internacional (162). El primero alude a las normas de derecho privado que no pueden ser derogadas por la voluntad de los particulares. En cambio, el orden público internacional se refiere a las normas de derecho privado que no pueden ser excluidas por una ley extranjera.

Al derecho internacional privado interesa este último, con el que guarda relaciones sistemáticas. Repetimos que el orden público (internacional) no existiría si, correlativamente, elimináramos al derecho internacional privado. La excepción es relativa a las normas que elimina; la defensa, por lo tanto, se condiciona a la amenaza.

Estas relaciones indican, asimismo, la naturaleza estatal del orden público. El Estado elabora su derecho privado tomando en cuenta normas y principios que juzga típicos y expresivos de la comunidad que lo integra; principios filosóficos, religiosos, políticos y sociales. Ellos formarán el soporte de una serie de normas jurídicas, que indicarán el estilo de la sociedad nacional, sus propias maneras de tratar las relaciones humanas.

“Como instituto de protección estatal —dice Quintín Alfonsín— el orden público intervendrá en el derecho privado internacional, se opondrá a él como excepción y no podrá ser parte del derecho privado internacional. Participará, pues, del orden jurídico estatal.” Y añade: “nada debe sorprender,

(162) Alfonsín. DERECHO PRIVADO INTERNACIONAL. p. 569.

en efecto, que esté contenido en dicho orden como una defensa natural o social (hasta podría decirse biológica) del Estado contra la absorción exterior" (163).

Cada sociedad, cada Estado, poseen características propias y distintas. En consecuencia, el orden público diferirá de un Estado a otro, originando reacciones más o menos intensas cuando extrañas influencias los invaden. Semejante variación del orden público en función del lugar igualmente se observa a través del tiempo. Niboyet indica lo siguiente: "Lo que hoy es de orden público, no lo será quizá dentro de algunas semanas o de algunos años" (164). Las reformas legislativas, sobre todo las que siguen al triunfo de una revolución, cambiarán el concepto del orden público. Es evidente que la evolución social dará siempre nuevos elementos que lo definan.

El hecho de sus diferencias ha valido distintas explicaciones. Savigny, por ejemplo, se refiere a una falta de comunidad jurídica entre los países en conflicto. Bartin desarrolla ampliamente la misma noción para indicar que de la igualdad de civilización a la ausencia total de comunidad hay una serie de puntos intermedios que el Estado llena con sus disposiciones de orden público, excluyentes de las normas ajenas relacionadas con ese punto. Las normas de los países bárbaros y salvajes no se admitirán en absoluto. A medida que haya mayor comunidad habrá menos ocasión de rechazar las disposiciones extranjeras. Niboyet afina más aun las tesis anteriores y se refiere al mínimo de equivalencia de las instituciones jurídicas. "Para que se aplique una ley extranjera es preciso que entre los países exista, no de una manera general, sino **sobre cada punto en cuestión** (divorcio, reclamación de alimentos por el hijo adulterino, etc.) un **mínimum de equivalencia** de legislaciones. Si se desciende más abajo de ese **mínimum**, ocurrirá lo que sucede cuando torcemos la llave de un conmutador eléctrico para apagar la luz; la corriente cesa y ya no hay **interpenetración jurídica** . . . no se alcanza, pues,

(163) El Orden Público, pp. 223-224.

(164) O. C. pp. 406-407.

en este caso, el minimum de equivalencia jurídica, necesario para poder pasar de una legislación a otra, y entonces con el fin de evitar la aplicación de la ley extranjera, hay que recurrir a la noción del orden público, pues al aplicar dicha ley quebrantaría el orden del país donde se la invoca" (165).

En la forma que se le quiera dar, la diferencia natural de las sociedades origina la excepción de orden público. Circunstancia por demás relevante que obliga a tomar en consideración las siguientes características: 1) el orden público es nacional; 2) varía en función de la época, o sea, es actual; 3) limita su vigencia al interior del Estado; y 4) es relativo al derecho internacional privado.

De acuerdo a su naturaleza, la función del orden público se manifiesta rechazando la ley competente que amenaza la estructura fundamental del Estado. Sin embargo, de aquella ley no se admiten los efectos o consecuencias perjudiciales; es decir, la ley se rechaza en razón de sus efectos. Es la interpretación que Bar puntualiza considerando estrictamente la finalidad de protección al Estado. En consecuencia, aun cuando la ley extranjera sea muy diferente a las instituciones nacionales de orden público, su aplicación será factible si los resultados concretos no causan daño alguno (166). De igual forma analiza Wolff la noción de buenas costumbres incluída en la legislación alemana y aclara su funcionamiento con el siguiente caso que resulta portuno resumir: "Un albanés (mahometano) casado con una albanesa no puede casarse en Alemania con dos, tres o cuatro albanesas más, aunque su Derecho nacional se lo permita". En cambio, ya casado con varias esposas dentro de su país sería factible admitir la reclamación de alimentos hecha por la segunda o la tercera esposa. También se admitiría un juicio sucesorio planteado por los hijos de las distintas mujeres (167).

Junto a la función negativa de rechazo, el orden público adopta un efecto positivo: la aplicación de su propia ley. De

(165) Niboyet, O. C. pp. 385-391. Alfonsín. EL ORDEN PUBLICO. pp. 156-157; 160-161.

(166) Alfonsín. Derecho Privado Internacional. p. 573.

(167) O. C. p. 108.

esta manera el Estado afirma su personalidad. Quintín Alfonsín estima que ambos efectos son inseparables, concomitantes. Acerca del divorcio en Francia, Bartin explica algunos ejemplos que dejan el mismo convencimiento. Antes de 1884, la ley francesa prohibía el divorcio: “no lo admitía —dice Bartin— en cuanto a esposos a los cuales debía regir en su estado civil, o de otra manera, en cuanto a los esposos cuyo matrimonio dependía, en el fondo, de la ley francesa. De ahí se sigue que la prohibición no debe tocar a los esposos extranjeros, más claramente, a los casados bajo el imperio de una ley extranjera que admite el divorcio”... “los efectos civiles del matrimonio (entre ellos el divorcio) dependen del estado civil de las personas, y sabemos que, por la jurisprudencia francesa, el estado civil de las personas depende en principio de su ley nacional: extensión pura y sencilla a los extranjeros, por vía de analogía de la solución expresamente dada para los franceses por el artículo tres del Código civil”... “si razonamos (nuevamente) sobre los esposos extranjeros cuya ley nacional admite el divorcio —suponiendo la competencia de los tribunales franceses para estatuir sobre su caso—, esos esposos extranjeros podrán pedir el divorcio a la justicia francesa, que tendrá, si llega a darse el caso, el derecho y la obligación de pronunciarlo entre ellos. Todo eso no tiene nada que ver con la prohibición del divorcio por la ley francesa: la ley francesa no está hecha para esos extranjeros y ellos pueden, por lo tanto, en hipótesis, litigar ante los tribunales franceses”... “He allí la solución teórica. Esa solución, la práctica la rechaza, los tribunales franceses rehusarán pronunciar el divorcio; dicho de otra manera, rehusarán aplicar a esos extranjeros, en materia de divorcio, su ley nacional, que es sin embargo, la ley normalmente aplicable” (168). Y habrán aplicado la prohibición de la ley francesa, añadimos nosotros.

Más claramente se verá el efecto positivo del orden público en este ejemplo: “Un hijo natural nacido de las relaciones de francesa y extranjero. La madre lo reconoce, el padre

(168) Bartin, Etienne. *ETUDES DE DROIT INTERNATIONAL PRIVE* II. p. 239.

también, y nosotros admitimos para no complicar el asunto que la ley personal del padre, su ley nacional, autoriza el reconocimiento de los hijos naturales. Los dos padres se casan ¿será legítimo el hijo? Está dicho que nosotros razonamos por Francia, yo quiero decir que nosotros suponemos que la cuestión de legitimación se presenta ante los jueces franceses ¿como la resolverán?”.

“La legitimación —añade Bartin— es un efecto del matrimonio: es la calificación francesa de la institución. Por lo tanto, ella depende, para los jueces franceses, de la ley que rige los efectos del matrimonio. Si todavía suponemos que esa ley, autorizando, por hipótesis, el reconocimiento, rechaza la legitimación, el hijo no será legítimo ni frente a su padre ni frente a su madre. Los efectos del matrimonio son indivisibles en la persona de los conyuges. Los jueces franceses debieron entonces rehusar considerar al hijo como legítimo, y eso, por aplicación de la ley normalmente competente sobre ese punto, en virtud misma de las reglas francesas del conflicto de leyes”.

“Precisamente, no es más que una solución teórica. Prácticamente, los jueces franceses admitieron la legitimación, por aplicación de la ley francesa interna, contrariamente a las reglas francesas del conflicto de leyes. Es la misma solución que en materia de divorcio, obtenido por el mismo razonamiento. No hay más que una diferencia, y es bastante buena. Dentro de la hipótesis del divorcio, los jueces franceses rehusaron el divorcio, bien que la ley normalmente competente lo autorizaba; dentro de la hipótesis de la legitimación, impusieron ésta, bien que la ley normalmente competente la excluía. La intervención decisiva de la ley francesa interna se cumple dentro de los dos sentidos: **puede ser prohibitiva tanto como imperativa**” (169).

Sin embargo, no falta quien ponga en duda el efecto positivo que venimos de señalar. “Ha sido combatido últimamente —indica Mariano Aguilar Navarro— por autores tan prestigiosos como Lewald, Makarov y Goldschmidt; todos

(169) Bartin O. C. pp. 239.

ellos han defendido un procedimiento de acoplamiento de las normas extranjeras que, destinado a mantener la competencia del citado Derecho, excluiría la aplicación de la norma que concretamente supone una violencia para el foro". Así mismo, Charles Knapp plantea la cuestión fundamental de este punto de vista que puede expresarse en los siguientes términos: "¿la intervención del orden público que el Derecho del foro utiliza para oponerse a la aplicación de una concreta norma extranjera, supone 'ipso facto' la aplicación del Derecho del foro y, por lo mismo, la ruptura de toda vinculación entre la relación jurídica y el Derecho extranjero?" (170).

Aun cuando Knapp —se apunta en el mismo comentario— parece no admitir el sistema de acoplamiento de las normas extranjeras, en realidad sólo desea prevenirse del riesgo de una mala aplicación y desnaturalización del derecho competente; es decir, que se de entrada a una norma extranjera que normalmente no se hubiera aplicado. De otra manera, no se comprenderían los razonamientos a que finalmente llega y que Aguilar Navarro expone con estas palabras: "muchas veces la imposición del Derecho del foro, por razón de orden público, viene a suponer un perjuicio para la parte jurídicamente 'débil' que no pudo calcular la mencionada aplicación por vía de sustitución... Lo esencial para Knapp es llegar a una protección del débil y, para ello, los elementos más idóneos son: 1) ciertas modificaciones en el Derecho del foro o, lo que es igual, una readaptación de sus normas; 2) se hace del criterio de protección un elemento discriminatorio entre las posible normas de colisión utilizables (siempre que el foro no sea una de ellas); 3) se llega a defender una sustitución de conexiones, una utilización alternativa de las mismas; 4) en muchas ocasiones se defiende una alteración en las calificaciones, pensando que con tal proceder se obtendrá un cambio en las normas de colisión; 5) se alteran las conexiones en su naturaleza, en su fijación

(170) Comentario de la obra de Knapp: *Essai sur la sauvegarde de l'ordre public et la protection des faibles en Droit International Privé*. Revista Española de D. I. V. III No. 3 Madrid 1950 p. 1046.

temporal y en la persona que normalmente podía imponer la conexión; y 6) se utilizan las mismas normas jurisdiccionales para obtener el resultado que se busca" (171).

Algunos conceptos anteriores recuerdan las tendencias modernas de la escuela americana, suposición que se refuerza cuando encontramos en el artículo de Aguilar Navarro la siguiente cita textual de Knapp refiriéndose a las "conexiones en cascada, la multiplicidad de conexiones dentro de las cuales el juez pueda elegir"; y comparar las diferentes soluciones antes de resolver el conflicto. Pero añade que si "el problema tiene una conexión real, íntima, con el foro", éste aplicará su derecho automáticamente (172). Mas si éste fuera el caso, ya no habría entonces aplicación del orden público, sino competencia normal de la *lex fori* en virtud de la norma de conflicto correspondiente.

Por otra parte, el criterio de protección al débil utilizado por Knapp a fin de cambiar las normas de conflicto, ofrece en realidad muchos inconvenientes en razón de su vaguedad. Cabe dudar, en primer término, quién es el débil, a lo que puede responderse sin fijeza alguna que es el extranjero, o bien que es el súbdito, según el hecho concreto y el criterio para juzgarlo. Tampoco es seguro que la protección efectiva al débil pueda obtenerse recurriendo a las normas extranjeras eventualmente conectadas con la relación. Si bien el extranjero no puede prever, en un caso determinado, la aplicación de las leyes nacionales de orden público en vías de sustitución, menos podrá saber cuál será el derecho competente, supuesto que tendrán que compararse, antes, los diversos puntos de conexión.

Es plausible la intención de buscar nuevas aplicaciones a la norma de conflicto. Ello podría significar mayor respeto al derecho internacional privado, entendido según la escuela clásica, a la vez que un repudio frente a los abusos del orden público. Desde este punto de vista juzgamos válido el tecnicismo de substituir y comparar los efectos de varios puntos de conexión.

(171) Revista citada. p. 1047 — 1048.

(172) Revista citada p. 1048.

Sin embargo, la posible selección de nuevas leyes en armonía con el orden público, tiene un límite insuperable en las normas esencialmente imperativas, carácter que proviene de la naturaleza doblemente absoluta de las instituciones que expresan. O dicho con las palabras de Bartin: "Hay en la legislación francesa, como en toda legislación, reglas de derecho privado consideradas esencialmente importantes, tanto que debe imponerse a los extranjeros no digo solamente respeto negativo, sino la aplicación de las mismas, sin que importe cuáles sean, acerca de tales puntos, las disposiciones de su ley nacional: ésta, aquí, no cuenta, se borra ante la ley territorial. Esas disposiciones de la ley territorial, son imperativamente aplicadas a los extranjeros porque ellas tocan los fundamentos mismos de la sociedad civil. Son, por su objeto, las disposiciones de orden público, y esa expresión no es suficiente si no acentuamos su sentido. Entendemos, generalmente, por disposición de orden público, en una legislación dada, las disposiciones que las partes no pueden eludir ni modificar: las disposiciones de orden público son precisa y simplemente las disposiciones imperativas: imperativas para las personas que esa legislación rige, imperativas para sus nacionales. Pero aquí, la noción es diferente: se trata de disposiciones más imperativas aun, en el sentido de que son imperativas aun para los extranjeros. De ahí la denominación especial que hemos forjado para ello: son las disposiciones de orden público internacional, las **disposiciones de orden público absoluto**" (173).

Elocuente es en este aspecto el régimen internacional del divorcio y en general del derecho de familia. Las normas de conflicto han tenido poca eficacia. Inclusive las normas internacionales han fracasado respecto al divorcio: lo mismo la convención de La Haya de 1902, como el Código Bustamante y los tratados de Montevideo. El orden público revela aquí, más que en otras materias, el carácter esencialmente imperativo de la institución que defiende. La Ley del foro posee siempre competencia acumulativa o concurrente frente a

(173) O. C. p. 240.

cualquier ley extranjera para regular la admisibilidad del divorcio en cada caso. En esa virtud, resulta que ni la ley nacional de los cónyuges, ni la del domicilio conyugal, ni la del lugar de celebración del matrimonio, son plenamente satisfactorias. Por lo tanto, como dice Alfonsín, el problema del divorcio se ha transformado de un problema de competencia legislativa, en una cuestión referente a la competencia jurisdiccional (174).

El divorcio sólo se admitirá conforme a las leyes de cada país. En México, por las disposiciones del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, de aplicación federal en materia de extranjeros (Arts. 12, 266-291). En Italia no se admitirá porque la jurisprudencia ha defendido el principio de la indisolubilidad del matrimonio. En Yugoslavia se admitirá el divorcio, pero no la separación de cuerpos que, en cambio, es admitida en Italia, etc. (175).

No habrá lugar alguno, al menos en estos casos, para buscar nuevas leyes extranjeras, a fin de ver la salvaguarda del orden público y mantener vinculada la relación al derecho extranjero; su exclusión será definitiva y permanente. En efecto, pudiera tenerse la ilusión de que otra ley puede regir la relación por no causar ningún daño. Pero ella, sin duda, será muy semejante a las leyes internas, y admitirá el mismo tipo de institución. Así, por ejemplo: se pide la separación de cuerpos en un país que sólo admite el divorcio. La ley aplicable, por hipótesis, es la ley nacional del marido; digamos, la ley italiana. La separación pedida se rechazará. Supongamos también que la ley del domicilio conyugal admite el divorcio, conexión secundaria ésta, pues la nacionalidad del marido era la procedente en nuestra hipótesis. ¿Se podrá conceder el divorcio, valiéndonos de la conexión domicilio conyugal? ¿Será lícito desde el punto de vista de las partes y la seguridad de sus relaciones? ¿Fue divorcio (o separación) lo que las partes quisieron realmente? La viceversa plantea

(174) Régimen Internacional del divorcio. Revista Española de D. I. V. VII 1954. 1. pp. 251-252.

(175) Revista Española de Derecho Internacional. V. VII 1954-1 pp. 307-309.

idénticos problemas; esto es, pedir el divorcio donde sólo se admite separación ¿Quién es, en tales ejemplos, la parte jurídicamente débil?

Nuestra opinión final en este asunto se inclina, en razón de lo expuesto, a considerar que los efectos negativo y positivo del orden público; de rechazo de la ley extranjera y aplicación de la propia, son realmente inseparables, es decir, concomitantes.

Pero si el Estado, como sucede en realidad, abusa del orden público y viola frecuentemente el derecho internacional privado, es urgente señalar los límites de su funcionamiento.

Con toda razón, Quintín Alfonsín advierte: "Es indispensable que el instituto del orden público se tenga presente desde el principio en la elaboración de toda teoría de derecho privado internacional. De lo contrario, el orden público hace fracasar el derecho internacional privado. Debe encontrarse un sistema que los explique en su conjunto y rija con principios armónicos y normas dependientes ambas instituciones" (176).

Tal sistema no será, por cierto, la simple sustitución de puntos de conexión. La respuesta que busquemos ha de partir de las relaciones existentes entre el orden jurídico nacional y el derecho internacional privado, en su carácter de orden jurídico internacional, entendido como supraestatal. Desde un principio establecimos que, en nuestra opinión, el Estado no puede someter el derecho internacional privado al derecho interno. Ha sido igualmente supuesto, a lo largo de este trabajo, que tampoco existe independencia entre ambos órdenes jurídicos. Lo demuestra el hecho corriente de la interpenetración social y jurídica, vivamente señalado en las manifestaciones cotidianas del *commercium internacional*, que todos reconocen. Por último, nos adherimos al monismo internacional, opinión favorable a la preeminencia del orden internacional —supraordenado— y a la subordinación equivalente del orden nacional, que estará, así, subordinado al primero.

(176) EL ORDEN PUBLICO. pp. 179-182.

Recordemos que la existencia de la sociedad transnacional, más amplia que el Estado, y comprensiva de los Estados otorga fundamento jurídico irreprochable al monismo internacional.

En estas condiciones —preguntamos— ¿será posible admitir que la sociedad inferior actúe lícitamente para destruir a la comunidad superior? O en otras palabras: ¿es, acaso, jurídico, que el Estado perturbe el tráfico regular de nuestro derecho so pretexto de actuar en legítima defensa, bajo el escudo del orden público? Desde luego que no. Ambos órdenes jurídicos, así como las sociedades que regulan, no pueden destruirse. Tengamos presente que son los mismos sujetos individuales quienes forman su estructura medular, su trama íntima, cuyo objeto estriba en dar satisfacción a las necesidades humanas en los distintos planos en que éstas se presentan y sienten. Toda comunidad y, asimismo el orden jurídico que la regula, deben estar al servicio del hombre. Pero mal servicio sería lesionar comunidades que la vida prueba necesarias.

Consecuentemente, las relaciones entre el orden público y el derecho internacional privado revelan que el primero, si bien tiene carácter nacional como ya dijimos, no es ajeno al segundo. Por el contrario, resulta ser un elemento previsto y regulado en éste. Que sea nacional, no significa que el Estado sea libre y autónomo para fijar su contenido. Bien indica Alfonsín: “Pero esta inmanencia no significa que el Estado sea libre en el manejo del orden público, pues como medio jurídico (legítima defensa), como dice Rapisardi Mirabelli, el orden público estará sujeto a normas jurídicas supraordenadas” (177).

No basta decir que el orden público es nacional. No lo es exclusivamente. Ha de subrayarse que es un **derecho subjetivo** del Estado y, evidentemente, regulado por normas jurídicas: las del derecho internacional privado. Debe insistirse que lo domina la idea de la individualidad del Estado, o bien, como lo expresa Alfonsín, de lo específico social (o jurídico) del Estado.

(177) O. C. pp. 223-224.

Empero, describir concretamente cuáles son las instituciones fundamentales que cubre el orden público es infructuoso. Para ello se requiere una pauta, una norma que las fije y determine, esto es, la regulación detallada y real del derecho internacional privado a través de sus normas materiales (o sea, de carácter transnacional) que se dirigen a las personas individuales. Así distinguiremos lo que es lícito para el Estado y lo que es lícito para los particulares; también se fijarán, entonces, las esferas de mutuo respeto. Sólo el derecho viviente puede hacerlo. Teóricamente, será menester catalogar, primero, todo el derecho internacional privado, y señalar en seguida las instituciones de orden público. Es obvio que la tarea designada tiende a fracasar, entre otras razones, por las manifestaciones de nuestro derecho, variables y dispersas en todo el orbe, y por la evolución constante que observan tanto aquél como el orden público.

Aunque parezca redundante, insistiremos en que el orden público no puede ser absoluto. Es decir, el derecho internacional privado no puede otorgar al Estado **manos libres** en el asunto. Tampoco, ya dijimos, se le puede enumerar. Sin embargo, las relaciones que observa respecto a nuestro derecho pueden expresarse genéricamente. Así lo hace Alfonsín, quien indica: 1) "Con relación a cualquier derecho regional (manifestación concreta y real del derecho transnacional), el orden público no puede ser absoluto (o total)"; 2) "Con relación a un derecho regional puede no existir orden público"; 3) "El orden público no existe cuando el derecho estatal y el regional coinciden"; tal es el caso de ciertas normas territoriales, entre ellas, la *lex rei sitae*. "Es necesario desde este punto de vista —dice Bartin— compararlas con otras disposiciones legales que dentro de un Estado cualquiera se imponen a los extranjeros (a las relaciones transnacionales, diríamos nosotros), aunque no debemos decir que esas disposiciones legales están comprendidas en la noción de orden público que tratamos de definir. Se trata, por ejemplo, de disposiciones relativas al régimen de la propiedad" (178). Ellas se aplican no sólo dentro del Estado, sino tam-

(178) O. C. p. 241.

bién fuera de él, hasta los límites de la región configurada por el caso concreto de esa relación transnacional. Y su vigencia no debe entenderse como pretendida extraterritorialidad del derecho estatal, sino como aplicación normal y sistemática del derecho transnacional, que en el caso dicho de esa región particular, incluye dentro de su ámbito espacial de validez al territorio de un Estado. En consecuencia, no podrá argumentarse que se han ampliado los ámbitos de validez del Estado. Simplemente, sus normas coincidieron con las normas superiores del derecho internacional privado, es decir, del derecho transnacional. 4) "El orden público es acomodado a cada derecho regional"... "no es fijo, único y el mismo frente a todos los derechos regionales" (179).

Acercas de las perspectivas actuales del orden público, añadiremos también algunas observaciones, deducidas de lo que llevamos dicho, a saber:

a) El sistema de conflicto de leyes propicia el abuso del orden público. En efecto, las diferencias de las sociedades nacionales se agudizan cuando se las ve a través de la soberanía del Estado. Resulta difícil, en el sistema clásico, apreciar las normas extranjeras como solución técnica. Se les considera, en cambio, expresión de la voluntad del Estado, vehículo y voz de intereses ajenos; y opuestos, tal vez, a los del propio Estado. El orden público se ve envuelto, de pronto, por criterios políticos, que trascienden en la exclusión sistemática de las normas extranjeras y la continua aplicación de leyes nacionales. En este caso, el desprecio al derecho internacional privado es casi absoluto;

b) Menor desconfianza provocará la diferencia entre la sociedad nacional y la sociedad transnacional. Esta incluye a la primera y, por lo tanto necesariamente están coordinadas. En cambio, dos sociedades nacionales no se incluyen, sino que se colocan en términos yuxtapuestos. No quiere decir esto que no puedan tener coincidencias; por el contrario y, de hecho, tienen varias, o muchas, quizás. Significa que tales coincidencias y en general todas sus relaciones jurídicas internas obe-

(179) Alfonsín. O. C. pp. 284, 286, 287.

decen a un centro de gravedad de intereses que el Estado representa. Se forma, entonces, un grupo cerrado, que impone conceptos relativos a él y, desde luego, exclusivistas. Nace la distinción ultrasensible entre lo propio y lo ajeno; más aun: a lo interior y propio se le considera bueno y aceptable; a lo extraño y ajeno se le estima inconveniente y peligroso. Pero a su vez, la sociedad transnacional elimina semejantes reacciones. El carácter de su amplitud, le permite atender todos los elementos de la relación jurídica transnacional, entre los que figuran, por definición, las sociedades nacionales subordinadas;

c) Las manifestaciones más conocidas y útiles de la sociedad transnacional se dan en las relaciones mercantiles. Así lo determina la urgencia, muy variada, de las necesidades humanas. Por tanto, el verdadero orden público internacional será menos extenso en lo que se refiere al tráfico mercantil. Y será más extenso en aquellos aspectos en que las relaciones transnacionales son, de por sí, poco frecuentes y de menor urgencia para la sociedad transnacional. Por ejemplo, las instituciones civiles acerca de la familia, divorcio, matrimonio, etc.;

d) Pero en todos los casos, corresponde al derecho internacional privado limitar la facultad de legítima defensa que otorga; es decir, de proteger lo específico social (y jurídico) del Estado. Pues el orden público no es un contrasentido sino un elemento lógicamente indispensable. En efecto, nuestro derecho es supraestatal, porque hay Estados subyacentes; se compone de relaciones transnacionales, porque hay sociedades nacionales que se interpenetran; y limita a la vez que requiere al Estado, porque de lo contrario sucederían dos cosas inadmisibles: 1) Si no hubiera orden público y desapareciera el orden jurídico del Estado, el derecho internacional privado dejaría de ser tal y se convertiría en el único derecho existente de vigencia mundial; lo que supondría la igualdad absoluta de todas las relaciones sociales y jurídicas; 2) O bien, si el orden público fuera ilimitado y el Estado manejara a su criterio el derecho internacional privado, la sociedad transnacional se perturbaría, las necesidades hu-

manas tendrían violentas regulaciones y aparecería de nuevo un sistema feudal de sociedades impenetrables y contradictorias.

En la situación presente, lo primero es ilusorio y, lo segundo, ilícito y anticuado. Recalquemos, en consecuencia, la simultánea realidad del ordenamiento jurídico del Estado y del derecho de la sociedad transnacional, la preeminencia de éste, y el respeto que aquél le debe observar.

Por otra parte, si el Estado crece y domina terrenos que no le corresponden, si aborda, entusiasmado, nuevas formas de totalitarismo que mutilan el derecho internacional privado, dichos excesos provocarán, tarde o temprano, la reacción que lo devolverá a sus verdaderos cauces humanos, es decir, sociales y jurídicos. Desde este punto de vista, es obvio añadir que así lo deseamos vivamente.

2) El Fraude a la Ley.

Aparte del orden público, la jurisprudencia y la doctrina señalan otra noción como excluyente de las normas extranjeras aplicables a la relación transnacional. Este concepto es el fraude a la ley.

Niboyet lo define de la siguiente manera: "La noción del fraude a la ley, en Derecho internacional privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción en los casos en que deje de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley" (180).

Así mismo, Wolff explica lo siguiente al respecto: "Sucede a veces que las partes, para sustraerse a normas imperativas que según el Derecho vigente se opondrían a sus deseos, se preparan un elemento de conexión, que tiene como consecuencia la aplicación de otra ordenación jurídica" (181). Y añade: "La ciencia francesa, apoyándose en un antiguo y ambiguo aforismo: *fraus omnia corrumpit*, ha sentado la te-

(180) O. C. p. 441.

(181) O. C. p. 82.

sis de que toda exclusión fraudulenta de un precepto jurídico sobre la base de una conexión con el Derecho extranjero es ineficaz, y que en todo caso debe aplicarse, por lo tanto, el precepto que se trató de eludir; es la tesis que ha preponderado en la práctica de los tribunales franceses" (182).

Por su parte, Arminjon expone la cuestión así: "Una regla de unión (de conflicto) se ha hecho aplicable porque las circunstancias que determinaron su aplicación han sido queridas y realizadas con el solo fin de descartar las disposiciones imperativas o prohibitivas de una legislación a la cual las partes deseaban sustraerse. Tal es el fraude a la ley en derecho internacional privado" (183).

Estas definiciones coinciden en los siguientes elementos: 1) intención fraudulenta; 2) exclusión de un precepto jurídico de carácter imperativo; y 3) aplicación de otra ordenación jurídica.

El fraude a la ley en derecho internacional privado no debe confundirse, aclara Niboyet, con el fraude en perjuicio de acreedores. En el derecho romano, toda convención fraudulenta que disminuyera el patrimonio del deudor, estaba sancionada con la acción pauliana, que tenía carácter revocatorio y aseguraba la reparación del daño y la indemnización del perjuicio. Se trataba de proteger a los acreedores que podrían ver sus derechos frustrados en virtud de las hábiles maniobras de un deudor elusivo. En México, el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales reglamenta la acción pauliana de la siguiente manera:

"Art. 2163.—Los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor pueden anularse, a petición de éste, si de esos actos resulta la insolvencia del deudor, y el crédito en virtud del cual se intenta la acción es anterior a ellos";

"Art. 2168.—Revocado el acto fraudulento del deudor, si hubiere habido enajenación de propiedades, éstas se devolverán por el que las adquirió de mala fe, con todos sus frutos";

(182) O. C. pp. 85-86.

(183) Précis de Droit International Privé. p. 215.

“Art. 2169.—El que hubiere adquirido de mala fe las cosas enajenadas en fraude de los acreedores deberá indemnizar a éstos de los daños y perjuicios, cuando la cosa hubiere pasado a un adquirente de buena fe, o cuando se hubiere perdido”; etc.

“En Derecho internacional privado —dice Niboyet— (184) el fraude a la ley no es eso; su finalidad es distinta. Cuando algún individuo comete un fraude a la ley, no pretende en modo alguno . . . causar perjuicio a sus acreedores, sino sustraerse, mediante hábiles manejos, a la acción de una ley que le contraría, sometiéndose, para ello, al imperio de una ley más tolerante. El fraude que nos interesa aquí es la intención, es decir, la voluntad de burlar una ley que contiene una disposición que prohíbe realizar el acto proyectado. Se trata, es verdad, de una intención; pero no va acompañada del propósito de causar perjuicio a un tercero, sino, tan sólo, del de no respetar la ley”.

Luego entonces, a fin de no confundir nociones parecidas con la excepción que ahora tratamos, resultaría conveniente aceptar que los tres elementos indicados deben marchar indisolublemente unidos, y que a falta de cualquiera de ellos, no existe, en verdad, la excusa del fraude a la ley.

Es menester, por lo tanto, asegurarse en cada caso que las partes han eludido, fraudulentamente, la aplicación de un precepto imperativo y que efectivamente se han colocado bajo el imperio de otra ley, en virtud de la realización de los puntos de conexión adecuados para otorgarle competencia. Ello significa que no basta fingir o aparentar el cumplimiento de los puntos de conexión; es necesario su cumplimiento efectivo. Sobre esta estimulación, Arminjon dice: “Aquí también la ley aplicable se viola, no ya abiertamente como en el caso anterior, sino bajo la cubierta de una conexión inexacta o de una apariencia. Con el propósito de beneficiarse de una ley extranjera o de lograr que un tribunal extranjero sea competente, se menciona falsamente que un acto ha sido ejecutado en tal país; con el fin de sustraerse a formalida-

(184) O. C. p. 447.

des molestas y onerosas, se finge transportar el domicilio al extranjero, formando allí un establecimiento que es simple apariencia y que se sostiene sólo el tiempo necesario para la adquisición del derecho invocado. . . . En todas estas hipótesis, las circunstancias que determinan la unión del acto jurídico controvertido con uno de los sistemas jurídicos extranjeros, no existen. Por definición, un acto o hecho simulados no existen o son otros de lo que parecen ser. Una declaración o un simulacro no podrían substituirlos. En tal caso ninguna cuestión de derecho internacional se plantea, para descartar la regla de unión invocada, no es preciso buscar si las intenciones de las partes son conformes a la del legislador que ha dictado esa regla; basta probar que no es aplicable, aun en contra de las apariencias, por carecer de las conexiones para su aplicación” (185).

Igualmente deberá comprobarse, para que exista fraude a la ley, la intención de las partes dirigida a evitar el funcionamiento de leyes imperativas que normalmente deberían tutelar sus relaciones.

Este punto, como se comprenderá, encierra mayores dificultades. Niboyet indica: “El elemento que nos permitirá caracterizar este fraude será, en particular, la ausencia, total a veces, de toda sinceridad en las circunstancias en virtud de las cuales se invoca el beneficio de la ley extranjera”. “Resulta de aquí —añade poco después—, que si un individuo consigue colocarse bajo el imperio de una ley extranjera más ventajosa para él, sin intención de burlar la ley anterior, no habrá intervenido fraude alguno. . . . Hay que atender, por lo tanto, no al resultado obtenido, sino al grado de imputabilidad, a la medida con arreglo a la cual se ha intentado burlar la ley” (186).

Pero aun así, la intención fraudulenta es muy difícil de caracterizar y de reconocer. A fin de comprobarlo, veremos los siguientes ejemplos: “Las condiciones que hacen aplicable cierta ley se han cumplido efectivamente; por ejemplo,

(185) O. C. p. 220.

(186) O. C. pp. 447-448.

el acto en causa ha sido realizado sobre tal territorio, o bien, el demandado ha cambiado realmente su domicilio a tal país. ¿Por qué deberá descartarse esta nueva ley? ¿Acaso porque su aplicación ha sido determinada por las partes quienes, consciente y voluntariamente, han realizado los hechos que la señalan competente? ¿Por qué el deseo de beneficiarse de una regla de conflicto será ilícito” (187).

Otro ejemplo expone la situación con mayor claridad: “Dos franceses en relaciones de negocios se encuentran casualmente en Londres, en donde están de paso; aprovechan esta oportunidad para formar, según las disposiciones de la ley inglesa, un acto, determinados a realizarlo de antemano y cuyas cláusulas habían fijado anteriormente. El contrato será válido para los tribunales franceses. En cambio, será declarado nulo si los contrayentes fueron a Inglaterra con el propósito de ahorrarse los gastos de un acto notarial. Esto equivale a decir que siempre que la regla *locus regit actum* se vuelve aplicable bajo la acción de la voluntad consciente de las partes exclusivamente dirigida hacia este objeto, y no por el efecto de acontecimientos fortuitos, o bajo la acción de esta voluntad movida por otras razones, la aplicación de de la ley que ella señala debe ser rehusada” (188).

Ciertamente las normas de conflicto pierden estabilidad, su aplicación se vuelve fortuita, puesto que se hace depender de los motivos psicológicos que inspiraron a las partes; o mejor dicho, de la aptitud de las circunstancias para revelar aquellos motivos; y todavía más, de la manera personal como los jueces interpreten tales circunstancias.

Parecerá que bajo la noción del fraude a la ley yace una suposición a priori de que la única ley aplicable es la *lex fori*. Pero el hecho contradictorio surge porque existen, limitando la competencia de la misma *lex fori*, normas de conflicto cuyos elementos bien pueden señalar otra ley. ¿Será posible, entonces, afirmar que la voluntad de aprovechar tales normas de conflicto es ilícita? ¿No forman parte, acaso, del mismo

(187) Arminjon. O. C. p. 216.

(188) O. C. p. 216.

orden jurídico que la *lex fori*? ¿No radica su misión en limitar la competencia de ésta y las demás leyes extranjeras?

Sin embargo, supongamos que se cumplen perfectamente los tres elementos del fraude a la ley, es decir, las circunstancias que reclaman, según la definición, el funcionamiento de este remedio excepcional. No obstante, deberán aplicarse antes otros remedios, si los hay, puesto que el fraude a la ley sólo funciona cuando es necesario para evitar los males que se producirían a causa de la aplicación de la ley extranjera. Pero si estos males pueden evitarse de otra manera, no hay motivo entonces para recurrir a la noción de fraude a la ley. Por eso Niboyet distingue dos hipótesis: 1), cuando "el fraude puede ser sancionado sin recurrir a nuestra noción": 2). "si no se aplica nuestra noción, el fraude quedaría impune".

En el primer punto, Niboyet coloca los casos de simulación. Se refiere, por ejemplo, al falso domicilio de una sociedad que se dice estar en el extranjero y cuenta allí con una sola habitación, o se limita a tener un buzón de cartas; cuando de hecho, tal sociedad opera y funciona en otro país. Incluye también los casos en que las partes declaran falsamente en un cláusula, que su contrato se ha firmado en otro país. Estas situaciones Wolff las resume de la siguiente manera: "En una pequeña parte de estos casos existe el recurso de hacer ineficaz la conexión fraudulenta alegando que hubo simulación. En otros casos fracasa la conexión porque se rebasaron los límites de la autonomía de las partes..., o por no ser cierto que el traslado momentáneo de una cosa al extranjero desplace el *situs rei*" (189).

Tampoco debe recurrirse al fraude a la ley cuando las normas de la *lex fori* que se quisieron evitar siguen siendo aplicables en virtud de una regla de conflicto. Así ocurre al someter estado y capacidad de las personas a su nacionalidad. No bastaría entonces con cambiar de lugar o domicilio. Sería menester cambiar de nacionalidad.

Nos colocaremos en el supuesto de que sin recurrir al fraude a la ley, los males de la ley extranjera serían inevita-

(189) O. C. p. 84.

bles. Quiere decirse que efectivamente, en vista del juego de los puntos de conexión, tal norma extranjera es aplicable, pero en virtud de una realización insincera, mal intencionada. esto es, fraudulenta, de las conexiones. Como ejemplo acabado de esta hipótesis se menciona el asunto *Beauffremont*, el cual resumiremos así: La Princesa de *Bauffremont*, casada con un oficial francés, obtuvo en Francia la separación de cuerpos. El hecho ocurrió antes de 1884 cuando no se admitía el divorcio. Entonces, en 1875, se naturalizó en Alemania y en octubre del mismo año obtuvo el divorcio, para casarse nuevamente, poco después, con un rumano. Al regresar a Francia, su antiguo esposo, el Príncipe de *Beauffremont*, no admitió la validez del divorcio, y los tribunales franceses consideraron, para los efectos de negar aplicación a la ley alemana bajo la cual se obtuvo el divorcio, que la naturalización de la Princesa de *Beauffremont* había sido fraudulenta en perjuicio de las disposiciones imperativas del derecho francés que sólo admitían la separación de cuerpos y no el divorcio. “En el asunto *Beauffremont* —dice *Niboyet*— ningún otro remedio podía aplicarse. La Princesa, después de obtener la nacionalidad alemana, hubiera tenido el derecho de invocar su ley personal para divorciarse y volver a contraer matrimonio. Era preciso impedirlo por todos los medios; y, precisamente, la noción del fraude era la única de que podía disponer el juez para llegar a tal resultado. De no haber podido disponer de este remedio, el segundo matrimonio de la Princesa hubiera sido válido con respecto a Francia” (190).

Como se ve, los efectos de la excepción del fraude a la ley se concretan a excluir la ley que se hizo competente en virtud de la conexión fraudulenta y a mantener la vigencia de las normas imperativas de la *lex fori* que se quisieron eludir; efectos muy parecidos a los del orden público. La única diferencia parece consistir, según los datos expuestos, en que el orden público no requiere intención fraudulenta de eludir la ley. En cambio el fraude a la ley no puede existir sin dicho elemento psicológico. Ahora bien, si el orden público protege las insti-

tuciones fundamentales de un Estado, y el fraude a la ley, según insiste Niboyet, es noción indispensable para asegurar el respeto de las leyes imperativas, ¿no querrá ello decir que son la misma cosa? Al admitir una respuesta afirmativa, aceptaremos también que no se requieren dos nombres para el mismo objeto, en virtud de lo cual, será necesario aceptar uno y rechazar el otro; de lo contrario surgirán confusiones inútiles y perjudiciales.

Wolff indica, refiriéndose al derecho nacional alemán, que no basta que las partes eludan un precepto jurídico, sino que es necesario que con ello se desvirtúe "el fin económico o social de tal precepto jurídico". Y luego concluye: "En nuestra opinión, la cláusula general de orden público es suficiente para combatir eficazmente el fraude a la ley, sin necesidad de separar el fraude *faite a la loi* del *ordre public*, como recomienda la mayoría de la ciencia francesa" (191).

Igualmente Bartin incluye el fraude a la ley en el orden público, aunque admite una distinción basada en que el orden público interviene cuando la ley extranjera en sí misma resulta inconciliable con las instituciones fundamentales del Estado, y que el fraude a la ley se utiliza cuando lo que resulta perjudicial no es aquella ley como tal, sino el hecho de su aplicación a los que fraudulentamente la han invocado (192).

Recordaremos que el Estado tiene facultad de proteger su orden público, idea que implica y cubre todo lo concerniente a su individualidad. El Estado no puede ir más allá del orden público. Si lo hace, infringe el derecho internacional privado. En consecuencia, rechazamos la posición de Niboyet cuando expresa lo siguiente: "(el fraude a la ley) es una noción destinada a sancionar en las relaciones internacionales, **abstracción hecha de toda cuestión de orden público**, el carácter imperativo de las leyes. . . Esta idea, que asigna al fraude a la ley su verdadera naturaleza de remedio excepcional, sancionador de todas las leyes imperativas, **abstracción hecha**

(191) O. C. pp. 86-87.

(192) Bartin, O. C. p. 252 y Niboyet, O. C. pp. 442-443.

de toda cuestión de orden público, permite determinar, de una parte, las condiciones para poner en práctica esta noción, y, de otra parte, los efectos de la misma" (193).

Debemos también aclarar que las leyes imperativas que Niboyet menciona sólo merecerán la protección que pretende si caben dentro del orden público; es decir, si expresan una institución perteneciente al orden público. No existe ninguna dificultad para considerar, desde este punto de vista, la solución del caso Bauffremont.

Por su parte, Lepaulle admite la dificultad de aplicar la noción del fraude a la ley. En el comentario que hace Jorge Garde Castillo a la obra de Lepaulle citada ya en el capítulo anterior, leemos lo siguiente: "es raro, dice (Lepaulle), que un acto jurídico sea cosa distinta que el resultado de una mezcla infinitivamente compleja de móviles diversos: sólo por una abstracción, falsa en la mayoría de los casos, se puede atribuir a este acto un móvil único. . . el fraude, en cuanto excepción a la aplicación de la ley extranjera competente arroja sobre todo el derecho internacional privado un elemento de inseguridad general. Y lo que es peor, sin ventaja para nadie. Ciertos abusos, en materia de divorcio sobre todo, pueden ser impedidos por el simple juego del orden público o con el concepto del abuso del derecho" (194).

Finalmente, citaremos la opinión de Julien G. Verplaetse, que ha realizado un estudio sobre el fraude a la ley en derecho internacional privado, basándose en la jurisprudencia francesa, belga, alemana, norteamericana y en general del Common Law. Se consigna —en el comentario respectivo de la Revista Española de Derecho Internacional— (195), que la obra de Verplaetse analiza totalmente los casos conocidos y los desconocidos. Así mismo, el autor citado señala que el fraude a la ley pertenece "al ambiente del orden público", en virtud de que los tribunales, en todos los casos de fraude han hecho mención del citado orden público. Igualmente,

(193) O. C. pp. 444-445.

(194) Revista Española de Derecho Internacional. Vol. IV, 1 p. 199.

(195) Vol. I. 1948 2-3 pp. 610-612.

los juzgados no prescinden de la intención fraudulenta o mala fe. De lo que Verplaetse deduce que los elementos del fraude a la ley son los siguientes: 1o.—**Derecho material interno (ley fori) que se elude.** Si nada hay que eludir, pues el orden jurídico interno es igual en dos países, entonces no hay lugar al fraude a la ley. No basta con eludir cualquier norma, sino una que precisamente roce el **orden público del forum** por dos cosas: a) naturaleza de las maniobras que tienden a torcer el sentido de la regla de conflicto junto con, b) la importancia de **orden público** de la norma eludida; 2o.—Intención de eludir la norma de derecho interno por medio de una interpretación desnaturalizada del conflicto de ley. La sanción siempre será el no reconocimiento del acto jurídico realizado en el extranjero sobre la base de la conexión fraudulenta adquirida fuera del orden jurídico propio.

En conclusión, debemos admitir que los tribunales han utilizado el nombre de fraude a la ley, para referirse a casos específicos en que se presenta la excepción de orden público. Razón por la cual, es necesario subrayar que el orden público es la única excepción a la aplicación de las normas competentes, según el sistema de conflicto de leyes. Con mayor razón, no podremos siquiera plantear la existencia de otras excepciones dentro del sistema de normas directas, que caracterizan al auténtico derecho transnacional.

3) Otras excepciones.

Lógicamente, no hay lugar, según lo hemos expuesto, a más excepciones que el orden público. Sin embargo, debemos prevenir las confusiones originadas por el hecho de que tanto la doctrina, como la práctica de los tribunales, usan nombres distintos para referirse a la realidad concreta del orden público. En seguida mencionaremos algunos de esos nombres: interés general del Estado; interés nacional; bases fundamentales de la organización del Estado; imperiosas exigencias sociales; buenas costumbres; moral pública; tradición histórica, etc., etc. Si ellos aluden al orden público, la excepción que a su nombre se interponga será válida. De lo contrario, tal nombre disfrazará un acto ilícito del Estado en perjuicio del orden jurídico internacional.

Ciertamente no habría razón para la existencia del derecho internacional privado, si nunca se aplicara en virtud de las más caprichosas excepciones.

Reconozcamos, pues, que su vigencia debe llenar los ámbitos señalados por la sociedad que regula, aun a costa de nuestro orgullo nacional, y a pesar de la tradición doctrinaria largamente dueña del pensamiento de nuestra materia. En verdad, lejos de ofenderla o lesionarla sin examen, la posición que defendemos procura respetar sus valores, su tiempo histórico, y su caudal inmenso de enseñanzas.

CONCLUSIONES

La vida social y el derecho cambian todos los días. Es difícil, por ello, conocerlos en su totalidad. Probablemente al cabo de esta tesis, muchas de sus ideas, principales o accesorias, parezcan alejadas de la vida real y a la zaga de los cambios históricos. Así lo reconozco y admitirlo me lleva también a confesar el significado de una lección profunda de la vida; la de que el hombre no puede menos que meditar todos los días acerca de sí mismo y los fenómenos sociales; que somos estudiantes de por siempre; que apenas vislumbramos... y que debemos aceptar, honradamente, las correcciones que la vida impone a las hipótesis de la inteligencia.

Se objetarán, quién lo duda, el planteamiento y el desarrollo de la tesis, sus fundamentos, sus conclusiones particulares, sus tendencias. A unos parecerá buena, regular, o francamente mala. Otros dirán que es incompleta, o bien que se refiere a temas inconexos. Otros más, en fin, podrán considerarla un trabajo inexperto pero sincero. Porque si alguna justificación pudiera expresar válidamente, no sería otra que la sincera inclinación al objeto de conocimiento elegido. Razón por la cual debo añadir cuán insatisfecho me encuentro, cuán descontento estoy ante la escasa aportación que he podido brindarle.

Ante todo contrastan la importancia, la magnitud del tema y la reducida extensión de los comentarios. Pero confío, sin embargo, en haber expresado claramente el propó-

sito general que tuve desde el comienzo, es decir, señalar el contraste más agudo, y sobre todo de mayores consecuencias, entre el formalismo y el realismo del derecho internacional privado.

Cuando los hombres establecen una regla jurídica y la enuncian en leyes, abrigan frecuentemente la ilusión de que dicha norma yace prisionera de las palabras de la ley. No advierten que la ley, a poco caminar, se transforma en letra muerta. Surge así, constantemente, la lucha por encerrar la vida real en fórmulas legales creadas con anterioridad y la tendencia que busca nuevas fórmulas en donde quepan los nuevos significados de la vida. El criterio utilizado para aceptar el realismo y considerar inapropiado el formalismo, lo hicimos descansar en la interpenetración de las sociedades, en la importancia subsecuente del intercambio cultural y comercial, y en el desarrollo de modernos organismos internacionales. De aquí se pudo establecer el fundamento general de todo el trabajo, pues al percatarme de que los fenómenos descritos de la interpenetración social contaban con su propio derecho, sostén y regla de su existencia, era evidente aceptar la unión indisoluble entre vida social y derecho: *ubi societas ibi jus*.

Precisamente de las sociedades, y no de las leyes de los Estados, surgen normas jurídicas transnacionales e internacionales, que junto con las primeras, dan origen a relaciones jurídicas nacionales, transnacionales e internacionales. La más importante deducción en este aspecto fue otorgar al derecho internacional privado su objeto particular y exclusivo: las relaciones transnacionales.

De otro elemento, la solidaridad humana, se concluye que la coexistencia de sociedades múltiples, diferentes entre sí, no implica sin embargo, antagonismo ni contradicción. Por eso distinguimos órdenes jurídicos diversos coordinados en relaciones de subordinación, y ubicamos al derecho internacional privado, como tutelar de relaciones interindividuales en el seno de la sociedad transnacional, óptima expresión de la convivencia humana; verdadera *civitas máxima*.

Pero las tendencias real y formal otorgan dos tipos de normas según su estructura: directas e indirectas; o sea, materiales y formales. Estas complican el derecho, lo petrifican, lo teorizan, lo intelectualizan. El sistema clásico basado en ellas viene a ser una especie de complicado ejercicio intelectual, de ajedrez de leyes, digamos, propio de juristas muy sutiles, pero al mismo tiempo ajenos a las viscosidades urgentes de la vida real. En consecuencia, rechazamos el sistema clásico, fundamentalmente porque va unido al nacionalismo, cuya afirmación de que las normas indirectas o directas deben actualizarse en leyes del Estado, convierte al derecho internacional privado en una falsedad, al despojarlo de su internacionalidad. En el caso del nacionalismo privatista, de normas directas, se introduce un criterio parcial que trastorna la vida de la relación transnacional. En el caso del nacionalismo clásico, de normas indirectas, se ofrece una regulación doblemente formalista, por indirecta y por legalista, y hace de la teoría un formalismo del formalismo incapaz de explicar la existencia del *commercium internacional* y su regulación jurídica.

La conclusión anterior lleva implícita esta otra: la validez de las posiciones internacionalistas, concretamente aquélla que postula un sistema supranacional de normas directas. En consecuencia, el derecho internacional privado presenta —para nosotros— el siguiente esquema: a) objeto: relaciones transnacionales; b) carácter de sus normas: normas directas; c) fundamento jurídico: la sociedad transnacional; y d) temas de la teoría: estudio de la sociedad transnacional; de las relaciones transnacionales; y del ordenamiento jurídico respectivo. Todo ello en abierta oposición a los datos que ofrecen la historia de la doctrina y las normas codificadas, cuyos rasgos principales son: 1) conflicto de leyes en lugar de relaciones transnacionales; 2) normas indirectas; 3) fundamento en la voluntad del Estado o bien en la comunidad de Estados; y 4) estudios sobre nacionalidad, condición de extranjeros y conflicto de leyes.

En la parte final vimos cómo el formalismo se aleja de los problemas reales de la vida y complica artificialmente la

teoría con los procedimientos de calificación y reenvío, frecuentemente usados con fines nacionalistas, es decir, en aumento del formalismo. Pero la disyuntiva crítica de todo el trabajo ha sido rechazar las excepciones, opuestas a la aplicación del derecho extranjero que las normas de conflicto señalan. Sin embargo, en vista de la solidaridad social y universalidad de los problemas humanos, he reconocido la procedencia del orden público, limitado a proteger los principios básicos de la estructura jurídico social del Estado.

Por último, hay otras conclusiones, menos directas quizá, pero deducibles también de mis premisas. Me refiero, por una parte, a las modificaciones, tal vez de lejano alcance, que afectarán la estructura clásica del Estado eliminando antes, definitivamente, la noción de soberanía absoluta. Por otra, a las corrientes que transforman el derecho internacional público en favor del advenimiento de la persona humana como sujeto, y no ya como simple objeto de sus relaciones jurídicas. Y por otra, a la síntesis del derecho internacional público y privado, sobre la base de relaciones interindividuales.

Considero por ello un deber contribuir a la formación de hombres de mentalidad supranacional. Hacer evidente la unidad básica del género humano. Difundir la convicción de que tener conciencia supranacional no se opone al desarrollo íntegro de las naciones. Al contrario, lo encausa, lo humaniza, lo dignifica. ¿Podríamos dejar de cumplirlo?

INDICE :

Pág.

CAPITULO I

LA RELACION JURIDICA TRANSNACIONAL	6
A.—Relaciones jurídicas nacionales	7
B.—Relaciones jurídicas transnacionales	8
C.—Importancia internacional de los problemas jurídico nacionales	11
D.—Desarrollo creciente del comercio jurídico in- ternacional	19
E.—Régimen jurídico de las relaciones transna- cionales	22

CAPITULO II

PANORAMA ACTUAL DEL DERECHO INTERNA-

CIONAL PRIVADO	29
A.—Normas formales y normas materiales en de- recho internacional privado	31
B.—Posiciones nacionalistas	46
C.—Posiciones internacionalistas	51
D.—Posiciones intermedias	61
E.—Legislación y codificaciones internacionales . .	68

CAPITULO III

EL CARACTER NACIONAL O INTERNACIONAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PRIVADO	87
A.—La Historia y el Origen del Derecho Internacio- nal Privado	89
B.—Escuela Francesa	99
C.—Escuela Americana	106
D.—Sistema Latinoamericano	118

CAPÍTULO IV

CONSECUENCIAS PRACTICAS DE LAS NORMAS FORMALES DEL DERECHO INTERNACIO- NAL PRIVADO	135
A.—La Calificación en los problemas de conflicto de leyes	137
B.—Determinación del derecho material aplicable. —Reenvío	145
C.—Excepciones a la aplicación del derecho com- petente:	
1.—Orden Público	154
2.—Fraude a la Ley	171
3.—Otras excepciones	180
CONCLUSIONES	183