

*Por el Profesor de Derecho Internacional,*

× SR. DR. DN. ANGEL M. PAREDES

# × Teoría del Derecho Civil Internacional

## SUMARIO:

### CAPITULO PRIMERO

PRESENTACION DE LA MATERIA

### CAPITULO SEGUNDO

Calidades de origen de las fórmulas jurídicas: su naturaleza emotiva fundamental.

La idea de relación en el derecho.

Amplitud de los convenios jurídicos y de las transacciones de toda clase entre los miembros de los diversos Estados en los modernos tiempos.

¿Cabe buscarse el fundamento de la rama del derecho que estudiamos en la comunidad internacional? Doble sentido en que puede hablarse de tal comunidad, según los principios jurídicos de la filosofía sociológica de hoy.

Objeto cuyo cumplimiento se propone el derecho: a) "la armonía de las libertades" según el criterio kantiano y la idea de deslinda en las enseñanzas de M. Levy-Ullman; b) la "cooperación" (Tanon); y, c) los propósitos de alcance sociológico, en Ihering, Duguit y Charmont.

Fórmula del Derecho Civil Internacional: el reconocimiento, para todos los hombres, de ejercitar sus actividades naturales en todos los países, con resultados jurídicos de permanencia.

La fórmula anterior, comprendiendo las relaciones de orden privado en las que intervenga algún elemento extranjero, y las maneras de hacerlas efectivas en juicio; rechaza el contenido del orden político en todos sus grados y cuanto se refiere a la jurisdicción penal. Explicación de los motivos.

### CAPITULO TERCERO

Valor científico de la designación, Derecho Internacional Privado y nuevos nombres sugeridos respecto a nuestra ciencia.

El *jus gentium* y la legislación romana como antecedentes del Derecho Civil Internacional (Savigny y Phillimore); verdadero sentido de tal antecedente.

Análisis de los criterios que mantienen estos significados: a) *conflicto de leyes*, o, b) *limites locales de la aplicación del derecho*.

¿Debe llamarse autoridad extraterritorial de las leyes? (Fiore) o ¿reconocimiento extraterritorial de los derechos? (Dicey)

Motivos de elección del nombre *Derecho Civil Internacional*.

### CAPITULO CUARTO

Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Privado toman en el criterio de los autores, los significados por nosotros así descritos: a) o se le inscribe al Privado como un capítulo del Público —de interés idéntico a cualquier otro de esta ciencia para algunos, para otros de valor excepcional—; b) o se dice de las dos ramas jurídicas pertenecientes a un tronco común; o en fin, c) se las presenta como ciencias distintas con propio título.

Las orientaciones diversas de la teoría revélanse en las formas peculiares para cada una de definir la ciencia, y esas definiciones varias las agrupamos de la siguiente manera: a) aquellas que encuentran la base fundamental de sus principios en la idea de soberanía; b) las formuladas por quienes descubren como el motivo central y quizá el único de nuestros estudios, la realidad de los conflictos entre varias leyes concurrentes; y, c) hay algunos tratadistas que la comprenden como una parte del derecho interno de cada país.

La definición de Pillet.

Nuestro criterio sobre la necesidad de definir.

# Teoría del Derecho Civil Internacional

## CAPITULO PRIMERO

### PRESENTACION DE LA MATERIA

Entre el número considerable de disciplinas científicas comprendidas en la jurisprudencia e inscritas en los programas universitarios de su enseñanza, cuya plenitud conceptual exige a veces un recorrido sistemático y directo de ciencias auxiliares las más diversas, poniendo en trance bien duro la ductilidad del espíritu y los méritos analíticos e investigatorios de los juristas; no hay otra sin embargo en la cual pueda revelarse mayor firmeza interpretativa, conocimiento más hondo y disección más segura de la idea del derecho, que la Ciencia del Derecho Civil Internacional. Fluye además como adecuado rasgo caracterizante, su aspecto de teoría sintética y crítica del amplísimo campo conceptual englobado en lo jurídico. Se impone, por otra parte, la experiencia sugeridora de datos y motivos, con su papel analítico y de constatación severa de la realidad viviente, en el sinnúmero de relaciones ocasionadas por el contacto y negocios de los hombres de todo el mundo.

Es que junto al propósito atribuído a los Estados, al campo y límite señalados a sus actividades legislativas y practicadoras de la justicia social, a la independencia necesaria y a la penetrabilidad imprescindible en las respectivas esferas de acción, impuestas por la comunidad y amplitud de servicios y fines comprendidos en el gobierno de hoy; se presentan la calidad y posición convenientes de los sujetos particulares sometidos a las reglas de conducta ante la fuerza y poder de los elementos oficia-

les. Y esto matizado, o más bien descompuesto en sus diferentes prismas, por todas las circunstancias posibles modificantes: internas, cuando a los propios nacionales se refieren, venidas de afuera, cuando es el caudal de conflictos aportados por los extranjeros. O sea en un traducir conveniente del actual significado de lo civil: hallámonos en presencia del escogimiento de las reglas oportunas para determinar el alcance y forma de la interdependencia de los individuos por sus propios actos y su contingente debido a la permanencia de las instituciones sociales; con ineludibles deberes de garantizar lo legítimamente adquirido, bien por los particulares o por parte del Estado: la permanencia del derecho.

No comprendo en la rama jurídica que estudio las calidades de lo penal, aún cuando es frecuente así hacerlo por los autores del Derecho Privado Internacional; porque yo descubro que mientras no sean realidades legislativas, las ideas de última hora y de racionalidad evidente sobre la internacionalización del delito y la desnacionalización de la pena, sus problemas subsisten como internos de cada país, aparte de lo indudable todavía de la naturaleza de defensa pública en el sancionamiento. Pero debería comprender nuestra enseñanza todo lo civil: cuando prescribe la conducta del hombre y sanciona y obliga a su cumplimiento con la intervención judicial: ley de procedimientos; lo mismo que al auxiliar y proteger el comercio: derecho mercantil.

Teoría y práctica se mezclan en el Derecho Civil Internacional, en complejidades llenas de consecuencias: no estando predeterminado en lo absoluto lo que debe ser, y desconociendo por causa de su naturaleza el atributo pleno de cualquier Estado para reglamentarlo; cabe por su intermedio remover la base y renovar el fundamento dando sus calidades históricas, sociológicas y de economía jurídica al Derecho. No siendo pura especulación, de otro lado, se ingiere en la vida y en las condiciones varias de las leyes de los distintos pueblos: pulsando el sentimiento director, filtrando la sustancia mental e interrogando los hábitos jurídicos de donde procedieron los determinantes de las instituciones y de su reglamentación. De ahí habrá de nacer el reconocimiento de las calidades esenciales y de las puras formas de reglamento: categorías inquietantes de continuo, no sólo para quienes penetran en los misterios genéticos de las realidades actuales, no sólo sugestivos en los abstractos ensayos de los teorizantes, sino esclarecedores prácticos en la mente del abogado consultor de Tribunales y Jueces como un interpretar exacto de los contenidos dispositivos.

Hay un resultado más y un interés nuevo: el revisar cuanto es, apuntando sus vicios y sus consecuencias. Asignar al Estado su papel, descubrir para la ley su verdadera misión y señalar al hombre su propio puesto como factor de la vida jurídica. Es la filosofía general del derecho, donde deben representarse las más avanzadas aspiraciones renovadoras de hoy; pero es al mismo tiempo la realidad inmediata: terciar las dificultades de la vida que se vive y volver permanente el derecho en una mezcla bien definida y sustanciosa. Claro que una preparación suficiente para tan enorme ensayo, y tiempo bastante aún para sólo exponerlo; es superior con exceso a un curso universitario. Habremos por eso de satisfacernos con orientar, abrir rumbos y detenernos alguna vez en ciertos aspectos capitales.

La teoría es ante todo método interpretativo de las circunstancias sociológicas de la vida del derecho en los Estados, en cuanto se refiere a los particulares; y de la condicionalidad de los deberes mutuos de los países, en cuanto dice relación al auxilio para cumplir el fin de dar las mayores facilidades a todas las aspiraciones ciudadanas. De manera que el aspecto de relación entre los Estados es indirecta, subsecuente y además, muy breve. La práctica representase por el fuerte viento transformador de los estudios, revelando las exigencias modernas de conocimiento de la legislación comparada; en forma de descubrir la sustancia vivificadora e insustituible de las instituciones, como defensa de un resultado que se quiere y debe mantener. La posibilidad de transigir entre los contenidos varios de las leyes distintas, señalan casos razonables de preferencia y circunstancias de combinación.

Por tanto, precisa esclarecer los múltiples aspectos indicados, atribuyendo su justo valor al contenido mental que se enuncia al hablar de un derecho civil entre las naciones; traducible como el reglamento de la vida individual y los efectos atribuidos a su observancia, sobre y más allá de los límites territoriales. Compréndese en consecuencia en el estudio, la potestad reglamentaria y sus límites: es decir, el alcance que debe darse al concepto de soberanía; la naturaleza del reglamento encerrado en la noción y práctica del derecho como ley y como fundamento de ella; el sistema cooperativo de los Estados para el cumplimiento de los fines protectores a los nacionales, removiéndole toda dificultad para el conveniente cosmopolitismo humano, que exige participación en los beneficios y no rehuye ciertas cargas impuestas dentro de cualquiera sociedad organizada.

No hemos de olvidar, por último, cuanto hay derecho a esperar de la enseñanza universitaria formadora de profesionales. El jurisconsulto habrá de generar mentalmente e impulsar las prácticas jurídicas, tratando de innovarlas y mejorarlas, ha de esclarecer el pensamiento común, ha de recibir las influencias diarias de las necesidades colectivas, no puramente de las visibles y palpables sino de las indeterminadas y vagas, ha de concretarlas en un criterio y deberá fijarlas en una ley; en fin será el juez, magistrado o consultor sometido a la ley y buzo de sus intentos más íntimos.

Hace falta que se comience a pensar en estos países de índole rudimentaria, que llevan la tara de una civilización copiada con escaso criterio, que la función legislativa es de naturaleza técnica y exige preparación bien firme, que la buena voluntad y la razón común—irracionalidad media de una sociedad—no es el bagaje suficiente para reglamentar la conducta de un pueblo; que el cretinismo de las cámaras legislativas compuestas de mercaderes, de traficantes de profesiones liberales y de agricultores rutinarios, han hecho demasiados males para permitirles continuar en su pernicioso labor.

Todo gira en torno del sorpresivo engaño de los jefes de Estado, quienes siendo los únicos electores, necesitan valerse de la inconsciencia y venalidad de los falsos representantes del pueblo para justificar sus daños, sus equivocaciones y sus crímenes. La antigua acusación a la diplomacia de nutrirse de fraudes y de engaños, puede aplicarse hoy con justeza absoluta a las maneras de la vida política en ciertos países. Político es entre nosotros el hábil engañador, cuya astucia le permite alcanzar los más altos puestos, sirviéndose de la insuficiencia mental de las mayorías y no obstante su incompetencia absoluta para regir los destinos públicos.

## CAPITULO SEGUNDO

Calidades de origen de las fórmulas jurídicas: su naturaleza emotiva fundamental.

La idea de relación en el derecho.

Amplitud de los convenios jurídicos y de las transacciones de toda clase entre los miembros de los diversos Estados en los modernos tiempos.

¿Cabe buscarse el fundamento de la rama del derecho que estudiamos en la comunidad internacional? Doble sentido en que puede hablarse de tal comunidad, según los principios jurídicos de la filosofía sociológica de hoy.

Objeto cuyo cumplimiento se propone el derecho: *a)* "la armonía de las libertades" según el criterio kantiano y la idea de deslinde en las enseñanzas de M. Levy-Ullman; *b)* la "cooperación" (Tanon); y, *c)* los propósitos de alcance sociológico, en Ihering, Duguit y Charmont.

Fórmula del Derecho Civil Internacional: el reconocimiento para todos los hombres de ejercitar sus actividades naturales en todos los países con resultados jurídicos de permanencia.

La fórmula anterior, comprendiendo las relaciones de orden privado en las que intervenga algún elemento extranjero, y las maneras de hacerlas efectivas en juicio; rechaza el contenido del orden político en todos sus grados y cuanto se refiere a la jurisdicción penal. Explicación de los motivos.

1.—Los múltiples y sabios esfuerzos dirigidos a la delimitación y penetramiento del adecuado concepto del derecho y su ineficacia teórica hasta el momento actual; o revela la parte escasa con que los elementos de razón contribuyeron a establecerlo, o una complejidad incomparable en los supuestos y caracteres que describe y deslinda.

Según yo pienso, uno y otro son los motivos.

Lo inconcreto y lo convencional sustentan a la mayoría de las nociones muy generales, que por este motivo llevan el nombre de abstractas; convirtiéndose en peligro de los más graves tal carácter, cuantas veces las ideas deban cambiarse en prácticas

de vida o en reglamentos de procedimiento. Ahora bien, al hablarse del Derecho, sin un nombre calificante que lo delimite, se piensa en el sinnúmero de actividades de la existencia humana—colectiva e individual—factoras de los progresos y de las instituciones comunes; porque el derecho es regla de conducta, forjadora insustituible de los arreglos sociales.

De lo expuesto, se desprenden las naturales calidades jurídicas. Refiriéndose a la total actividad del ser racional, bajo determinados aspectos de su conducta; no sólo aprisiona, deslinda y señala, los mil encontrados aspectos del ser interno de cada pueblo sino sus resonancias extranacionales en las circunstancias externas del proceder internacional; englobando a veces, además, y manteniendo apariencias opuestas en una sola realidad, o podríamos decir, con nota más expresiva: dejando fluctuantes los límites entre las calidades diferenciales. Nos diera materia para afirmarlo, la justicia intrínseca capaz de permitir la extradición, no obstante la facultad razonable jurídica del extranjero para permanecer en país extraño; entre otros muchos ejemplos.

Entrevista la complejidad, reflexionese sobre los determinantes de su impreciso aspecto. Si toda la vida abarca y reglamenta, no lo hace en la integridad de su trayectoria, ni en la plenitud de las formas expresivas; pudiéndose prohibir ciertas manifestaciones de un culto, no cabe que los mandatos de la autoridad penetre en la conciencia para arrancar de raíz determinadas creencias, ni aún se ingiera en los actos de la vida doméstica propios para prestigiarlas y conservarlas, a la manera de símbolos o fantasías recordatrices.—En ese trance, ¿cuál es el delicado análisis y la segura disección del contenido de un acto, capaz en todo caso de hallar el atributo diferencial? Sólo el discernimiento del objeto atribuible al derecho.

Pero, siendo regla de conducta, el jugo de que se nutra, el suelo donde prospere, serán los de la costumbre. Las fuentes más lejanas—y más cercanas también, agregaremos—de la ley, son los hábitos de existencia del grupo, se ha repetido de continuo. Mas, los actos del hombre se generan y los principios de la justicia nacen, de estados sentimentales antes que de principios de razón: la necesidad es y la costumbre se adapta a ella, del mismo modo como las asociaciones animales proceden del instinto.

No puede presentarse a nadie con las apariencias de una absoluta novedad, las notas sentimentales profundas y constitutivas de las formas prácticas de hacer, en vías de constituir las

reglas jurídicas. Cualquiera tentativa de definir el derecho, por eso, no se permitirá descuidar el matiz sentimental caracterizante.

Y, si no de modo reflexivo y absoluto, de manera natural, habíase presentado tal exigencia a los jurisconsultos y redactores del Derecho Romano, bajo la reversibilidad frecuente entre los términos derecho y justicia. Véase la manera según la cual los compiladores de las Institutas que llevan el nombre del Emperador Justiniano, creyeron poder determinar el significado de la justicia, diciendo de ella: "es la voluntad inquebrantable y permanente de atribuir a cada uno *su derecho*" de acuerdo, en realidad, con los antecedentes filológicos del nombre; ya que, *juri stare*, como lo manifiesta Girard en su magnífico Manual Elemental del Derecho Romano, equivale a fundarse y permanecer en el derecho. La justicia es de ese modo intención y voluntad, no de un determina lo acto sino de conducta. Pero vuélvese sobre el pensamiento primordial con una especie de contra-prueba: el derecho se mantiene por las prácticas de tres principios: vivir honestamente (de una manera honrada, puede ser traducción más exacta en los modernos tiempos del criterio romano); no dañar a nadie y dar a cada uno lo que le es debido. Estos mandatos encierran y están, nutridos internamente por los principios de la equidad; equidad convertida en claridad alumbradora de la marcha del hombre, correcta y justa. Y es consustancial con la equidad el deber sentida antes de razonada, el de nacer del impulso más bien que de una volición; será el movimiento expresivo emocional, propulsor del heroísmo y dueño de la virtud. Justo es el virtuoso y aún, entre los antiguos, el santo; predominio particular del criterio religioso.

Se ve como la justicia —intención de cumplir el derecho— es en la vida práctica proceder jurídico; pero éste, nutrido de equidad, se alimenta de la justicia distributiva (1). Así se presenta la esencia de la regla como relación; pero hay además el aspecto puro de la moralidad: un vivir honrado, u honesto, que no choque con el medio ambiente público; sin escándalos y sin bo-

(1) Es tal juego interesante del mutuo acomodamiento de las dos ideas, que emerge de nuevo entre disputas inacabables, en criterios recientes, impulsándole a rillet a afirmar del Derecho que *es la realización social de la idea de justicia* (Principios de Derecho Internacional Privado) mientras Bonbecaso describe las relaciones entre la justicia y el derecho en esta forma. "La justicia con relación al derecho, es lo que la realización con relación a la idea; la justicia es la aplicación del derecho, la realización de la noción de derecho. Preguntarse si una cosa es justa o injusta, es examinar si está o no conforme con el derecho."

chornos. Aproxímase la regla romana al tacto social, a la conveniencia.

De tal manera el Código de la razón escrita aparece en último análisis, con los atributos de la exaltación sentimental de lo equitativo; principio y base de las permanencias colectivas encarnadas primero en costumbres y formuladas más tarde en la Ley.—Fue el esfuerzo romano de los jurisprudentes—prudentes en derecho— el análisis y razonamiento de las antiguas prácticas y el de incorporar ciertos reglamentos adecuados para el triunfo de la justicia presentida. De ahí dos resultados: la calidad razonadora de sus trabajos, que permitiera hablar de Cicerón del papel de filósofo del jurisconsulto y el concretar lo jurídico en reglas y mandatos. (1). Preciosas enseñanzas pudieran traernos en comprobamiento de todo lo indicado, un recuerdo histórico de los aportes debidos para el perfeccionamiento jurídico, a los edictos pretorios.

La indicada calidad ante-racional del derecho, ha sido reconocida de modo expreso por Ahrens, entre otros varios; (2) y es el segundo motivo de lo indefinible de la noción por puros datos razonables de su contenido.

2. —Es indudable que el campo de lo jurídico ha sido explorado con un entusiasmo sin igual, pero al mismo tiempo con una discordancia de métodos sin parecido.—Desde la escuela individualista romántica kantiana, la genético-histórica, la de los nuevos propósitos de la jurisprudencia etnológica de Post, hasta las denominadas del criticismo (Stammler) o del idealismo (V. Schuppe), de fresca memoria en Alemania; todas abundan en propósitos y puntos de vista singulares que sugieren definiciones diversas del derecho, más allá de cuyos aspectos expositivos puede verse con frecuencia el vigoroso aporte de la filiación política de sus autores. Y si recorre nuestra mirada atenta la profusión incomparable de florecimientos conceptuales, en la Francia del siglo anterior y el nuestro, nuevo desconcierto habrá de apoderarse de nuestro espíritu ante la abundancia de orientaciones de los cultivadores directos o indirectos de la ciencia jurídica. A partir de los puros expositores del Código Napoleónico, de mermadas perspectivas por su propio método, pasando por los juristas y

(1) "El derecho (*jus de jure* o *jusus*) sólo sería una línea de órdenes impuesta por la autoridad. La justicia consistiría toda ella en el cumplimiento de esos mandatos" (Accarias, "Principios de Derecho Romano".)

(2) Ahrens "Derecho Natural".

romanistas un tanto menos limitados en sus propósitos, por los filósofos nutridos de la metafísica alemana de Kant sobre todo, nos encontramos por último ante la pujanza innovadora de las inteligencias disciplinadas en los fervores sociológicos; y por donde quiera la noción sutilizada o descompuesta impresiona diversamente y da margen a las mayores audacias y a las caídas más irreparables. El desconcierto es alarmante y sus síntomas bien peligrosos.

Sin embargo, para la naturaleza del derecho cabe hallarse un síntoma o dato, tal vez no insistido bastante pero conocido por todos; el de consistir en reglas de conducta externa con consecuencias sociales. Representa de continuo una relación y una conducta, conducta que afecta o nos liga a otras personas. Y el carácter de relación es tan intenso que quienes pretenden señalar a lo jurídico un campo interno concienencial para el hombre, se ven precisados a una especie de desdoblamiento de la persona, como sujeto a un tiempo de exigencia y de obligación. Rechazo por mi parte la posibilidad de un derecho inmanente, todo es transitivo en él, como circunstancias y posibilidades individuales, y sólo es interno cuando se lo contempla en su papel social y respecto a la sociedad. El funcionamiento sometido a reglas de la vida, privada del hombre, es la moral; el funcionamiento social determina la regla jurídica. Y el derecho exprésase como un producto social y sociable.

Y siendo la calidad de relación lo imprescindible hacia el apareamiento del derecho, las varias ramas en las cuales éste se divide habrán de ocasionarse por los distintos planos o circunstancias en que procede tal reglamento de conducta. ¿Cuáles pueden ser estos en lo tocante al derecho Civil Internacional?

3.—A los antiguos abismos infranqueables, a las murallas agrestes y asustantes para los antiguos; la magia de las conquistas civilizadoras los ha desvanecido. Las ondas marinas allanan el camino del viajero, las montañas se aplastan ante las locomotoras que las trepan y conquistan, y los espacios de aire son caminos rápidos por donde el hombre viaja y por donde muy pronto habrá de llegarse a la plenitud del intercambio del comercio. Las facilidades de comunicación próximas se hallan a su extremo límite, y las supuestas preadaptaciones geográficas de algunos naturalistas no son obstáculo para el amplísimo cosmopolitismo del hombre. Mejor que el poderío supremo de los Emperadores romanos ¿nuestro fausto, y hasta nuestra comodidad, no se sustenta de los tesoros más escondidos de apartados mares y de los frutos y la manufactura de los más distantes países? El individuo

viaja, los productos de sus industrias se transportan, sus servicios mismos pueden ser arrendados para prestarlos en alejados escenarios, y así el comercio humano se entrecruza, se complica y se dilata.

Pero no pudiendo vivir ni menos actuar el hombre sin reglas de conducta, es necesario que se le fije cuales son las oportunas en cada momento y en cada país. Complicado es para el legislador ordenar la existencia de sus ciudadanos previendo el sinnúmero de circunstancias en que la vida habrá de colocarlos, pero las dificultades se agigantan de modo considerable cuando el hombre viene acompañado de una vida anterior, de una tradición jurídica vivida sujetándola a leyes de distinto país; cuando sus actos generados en leyes distintas hayan de aplicarse o deban cumplirse bajo el imperio de otra ley; o en fin, cuando le toca suponer que un acto ejecutado aquí va a tener consecuencias en otro lugar o se refiere a bienes situados en distinto Estado. Y la persona individual humana puede estar rodeada e investida a todos esos caracteres: nacido en pueblo extranjero su legislador cuidó de él, le protegió y dióle una condición jurídica; viviendo ahí tuvo que actuar y sus actos conformándose a las reglas prescritas u oponiéndose a ellas, sometióse a una sanción o le otorgaron determinadas facultades y derechos que reclamar y deberes que cumplir.

La integridad de esos atributos trae el extranjero consigo al cambiar de domicilio, y consigo vienen sus capacidades civiles y sus naturales condiciones, preparando circunstancias atendibles por el nuevo legislador, ya excusantes, ya modificadoras. Hoy el viejo sistema de la ley ciegamente obligatoria, a pesar de cualquiera realidad y prueba, se siente cuarteada por sus cuatro costados: la realidad está por encima de cualquier supuesto idealista. Pero, sin el cambio de domicilio previsto, contratos se llevan a cabo en Estado extraño que tendrán consecuencias en distinto lugar: los mercaderes ecuatorianos negocian por intermedio de sus agentes con cualquier almacén de modas de París, para el envío de mercancías que serán pagadas en distintos plazos; o un fabricante arrienda los servicios de un hábil mecánico extranjero para que arregle o vigile la marcha de sus máquinas. O en fin, se trata de actos que ejecuta el hombre en su propia patria pero con consecuencias lejanas en el espacio y en el tiempo. Tan diversas circunstancias exigen atención jurídica y señalamiento de los respectivos derechos por ellas modificados.

Sin fórmulas de conducta de consecuencias permanentes y sin amparo de los gobiernos, el intercambio de las actividades

sería imposible. Si al hombre no se le garantiza la vida fuera de los límites territoriales de su patria, no saldría de su retiro; si al mercader no se le diera amparo en los reclamos procedentes de los negocios que ha contratado, ni vendiera ni comprara. Sin derechos individuales respetables donde quiera, el aislamiento de los pueblos antiguos renacería. —El comercio humano—no en el sentido restringido que lo tomaba Montesquieu, sino en su total amplitud—ha causado el progreso jurídico. La necesidad amplió los límites del derecho y la justicia hubo de consagrarlos.

Para que el individuo se comunique, viaje y comercie, precisa que se le reconozca sujeto de derechos, que sus actos legalmente efectuados se le supongan válidos y se le garantice la protección legal para ellos. Esclarecer las maneras más propias del cumplimiento de estos deberes respecto de los extranjeros en todos los países, es el fin que persigue el Derecho Civil Internacional.

4.—De tiempo atrás se viene discutiendo una fórmula explicativa de la última razón de existir o de la raíz nutritiva primaria, del Derecho Internacional, creyéndolo haber encontrado gran número de autores, en el significado de una comunidad de existencia entre los pueblos cultos.

En escrito rigor, al señalar como determinante de la existencia del indicado derecho la comunidad, se tenía a la vista el Público Internacional y no el Privado. Mas, sugerido por el nombre primero, y luego por falta de definición suficiente, la intimidad: o mejor, la pertenencia del Privado al Público, como un capítulo o parte; fue lógico pensarse que el fundamento del uno fundamentara al otro además. Por casualidad, siendo los antecedentes falsos las consecuencias resultaron verdaderas.

Tal resultado procede, sobre todo, de un doble contenido mental encerrado en aquella idea; pues, o se habla al referirse a ella de una comunidad significativa del asociamiento natural y efectivo entre los diversos Estados del Mundo que puedan convenir en un concierto de existencias por razón de la comunidad de sus fines: sociedad sin normas precisas aún pero en vías de constituirlas—posibilidad generadora del croquis o ensayo actual de la Liga de Naciones.—O se piensa en una comunidad de mayor evidencia, no obstante su falta de toda forma y concreta: miento orgánico; aquella de los grados y aspectos de cultura semejante, de donde nacen equivalencias muy fuertes legislativas, en prácticas comunes del derecho.

Sin duda, los dos aspectos tienen afinidades visibles. Faltando ciertos equivalentes de cultura, ni identidad de conceptos

jurídicos, ni igualdad de propósitos realizables, ni fines del mismo orden sería posible; como no lo fuera tampoco ni acomodamientos, ni instituciones de igual naturaleza y significado en el interior de los diferentes Estados, siendo distintas, por tanto, sus formas de reglamento. En fin, nos halláramos ante sustancias diversas cuya suma en un producto fuera imposible.

Lo que hace falta tener muy presente, es que el aspecto externo y fundamental del mutuo apoyo y colaboración se refiere de manera particular al Derecho Internacional Público: asociación de semejanzas con un resultado común de bien colectivo. Mientras el carácter reglamentario de la ley civil, determinante de la posición del individuo dentro de una comunidad estatal y como factor de sus instituciones, y el señalamiento de las garantías que se le ofrece—sólo pudiendo trascender de lo nacional mediante formas de interpretar las necesidades sociales de manera semejante o por el hecho de sufrir estímulos de igual clase;—dice relación íntima y específica con el Derecho Civil Internacional.

Preséntanse las necesidades de determinados servicios públicos con notas de semejante urgencia entre países diversos, pero los medios disponibles por los gobiernos no son en su aislado contingente lo suficientes para cumplirlos; y de la identidad de propósito y de la necesidad de auxilio nace la cooperación. Mas, ¿el diario intercambio y el frecuente trato, no es un asociamiento o su germen al menos? Instituciones privadas del mismo orden aparecen de modo simultáneo en países de la misma cultura, y comprenden y abarcan a cuantas personas habitan en su territorio; de ahí habrá de proceder la posibilidad de ingerencia de algún elemento extranjero, exigiendo fórmulas modificantes de los efectos de la ley, que es el campo reservado al Derecho Civil Internacional. Pero, si se desconoce o se desecha en un lugar, alguna de las fundamentales instituciones aceptadas en lugar extraño, ¿podrá reconocerse un contrato que, permitido en el país donde se lo otorga se refiere a asuntos de efectividad en el otro? Si se prohíbe a los particulares adquirir predios rústicos o urbanos en un Estado cualquiera, y se exige el cumplimiento del contrato de compraventa de esa clase de bienes celebrado en nación extranjera y respecto a objetos situados en aquel país; habrá de rechazarse allí cualquier demanda para la entrega.

Por los indicados motivos, y a causa de ser el uno y el otro derecho, productos o resultantes de realidades fuera o más allá de todo Estado particular; hay zonas de convergencia muy capaces de inducir a dudas justificables respecto a la naturaleza de la relación. Tenemos, doy por ejemplo, la colisión de derechos en ciertos casos inmigratorios: por un lado, la facultad humana per-

teneciente a todo hombre de arribar y permanecer en cualquiera parte a donde quiera trasladar su residencia, y de otro el derecho de los gobiernos de cerrar sus puertas a cierta clase de población extraña; o aquel de la misma garantía de permanencia, cuando se encuentra en conflicto con las facultades procedentes del poder de extradición; o en fin, el contingente de dudas nacido de los reglamentos procesales distintos. En semejantes circunstancias, el doble aspecto de la comunidad embrolla el problema e impide determinar sus calidades estrictas.

4.— Después de haber señalado algo que es constante pertenencia del derecho, a la manera de un razgo o signo demostrativo de su naturaleza íntima, fijándolo como materia o forma de relación con propósitos y consecuencias sociales; nos toca ahora tratar de descubrir su objeto o el fin cuyo cumplimiento se propone.

La teoría clásica, grávida de las enseñanzas individualistas debidas al liberalismo político, se presenta como la primera a nuestro suscito análisis.

Kant, y en especial sus discípulos, parecen no señalar al derecho otro papel que el de evitar los impulsos devoradores del hombre contra el hombre; señalar límites, determinar fronteras para cualquier territorio de libertad— si podemos usar de este símbolo.— Yo y los demás tenemos cada uno nuestro círculo de vida, en el que no caben penetramientos ni se permiten ingerencias; pero fuera de él, el hombre no dará un paso sin transgredir la ley, como si dijéremos: pisa terreno ajeno, entra en ajena heredad. Para mí no cabe duda que es deducción natural del modo de definir kantiano del derecho, los excesos interpretativos de sus continuadores; véase sino los términos empleados: «el derecho es la noción que se deduce de las condiciones bajo las cuales la facultad de obrar de cada uno puede armonizarse con la facultad de obrar de otro, según una ley universal de libertad». El *máximum de coexistencia*, como se sintetizó más tarde la teoría, es bien visible en el criterio traducido por los términos expuestos: se trata de garantizar la libertad del hombre, y de nada más.

De ahí el problema entre todos los problemas para los juristas y filósofos de la tendencia: las relaciones y diferencias entre el derecho y la moral; para restringir lo regulable sin atentar contra el bien supremo de la conciencia libre. Y es acaso a los rectificantes indispensables a tal criterio, a los que habrá de atribuirse los esfuerzos por asentar una filosofía del derecho inmanente.

Es notable como se automatiza hoy una manera de reaccionar contra el viejo y angustiador problema del derecho y la mo-

ral, definiendo a aquel: «es el mínimum de moral indispensable para la vida en sociedad, impuesta por sanciones sociales» (1)

No obstante eso, la influencia kantiana se ha adentrado tanto en el ánimo de los jurisconsultos, que a pesar de las alertas sugestivas fundadas en vigorosos razonamientos del nuevo espíritu jurídico; permanece aún el sumo de tal pensamiento en autores de los más ilustres. De ahí el buscar M. Levy-Ullmann el trazo firme, y suficiente a su parecer, de la figura ideal del derecho, en un deslinde: operación técnica de separamiento de dos heredades distintas; que le conduce a fijar en estos términos la fórmula comprensiva: «es el deslinde de lo que está permitido hacer y no hacer, sin incurrir en una condena, en un embargo o en una acción particular de fuerza. (2) «Conviértese de ese modo, no en una realidad activa y directora, sino en límite restrictivo: aquel de no hagas a otro lo que no quieras que te hagan a tí, del filósofo alemán. Podrá parecer, a lo sumo, el contenido de la equidad del derecho romano, pero jamás la justicia social de la ayuda y auxilio; aquella equidad impasible que se vió en la necesidad el cristianismo de completarla con la deprimente fórmula de la caridad.

El jurisconsulto francés M. Tanon, después de criticar con muy serena y alta crítica la doctrina kantiana, llevada a sus mayores exageraciones, según ya lo he indicado, por los intérpretes del maestro; se propone buscar un significado social, de muy superior interés en los momentos que vivimos de revisión jurídica. Y así a la kantiana teoría opone su modo de ver del contenido del derecho, sobrepasando los aspectos externos en un significado intrínseco: el mutuo auxilio y cooperación, cumplidor del precepto primordial sociable.

Veamos los términos empleados por Tanon sobre la materia: «La concepción del orden jurídico que nos hemos esforzado en deducir de su estudio, asigna por objeto del derecho, la determinación de las relaciones obligatorias de coexistencia y cooperación de los hombres entre sí, de acuerdo con sus intereses individuales y colectivos y con las ideas de justicia gravadas en la conciencia social.» (3) Ciertamente que se descubre ya una fuerza socializadora, y quizá la mayor de todas, el mutuo auxilio, permitiendo cumplirse los intereses particulares y además, los de la

(1) Véase Henri Berr, en la introducción a la obra de M. J. Gœcla-reuil "Roma y la Organización del Derecho".

(2) Levy-Ullmann, "La Definición del Derecho".

(3) "La evolución del Derecho y la Conciencia Social".

comunidad; es verdad así mismo que se ha hablado de un colaboramiento de la conciencia pública para establecer las reglas oportunas; pero no se aparta todavía este jurisconsulto de la importancia de los derechos particulares como el supuesto insustituible de lo jurídico: derecho como exigencia y deber como sujeción. El elemento social sólo colabora a fijar la génesis de sus conquistas, en calidad de sentimiento medio colectivo.

El jurista se siente ligado con exceso a los determinantes del derecho civil, y lo que en él descubre, es la pauta para definir en su amplitud genérica, las reglas de conducta. Fue necesaria la labor prodigiosa en datos y honda en penetrabilidad visual, debida a la sociología; para arrancar del sostenido afán de lo que puede o debe hacerse en una circunstancia dada, en virtud de la posición del hombre junto a los otros sujetos particulares, y fundamentar una noción general de la institución colectiva.

5. — Los contingentes sociológicos se presentan con sugerencias penetrantes en Ihering, vivifican el vigoroso espíritu renovador de M. León Duguit y, a mi modo de ver, llegan a su mayor plenitud actual, en la definición debida a un discípulo del sociólogo Gastón Richard, M. Charmont. El primero lo presenta como un producto, fruto o don del Estado, pues, lo atribuye a éste *el origen exclusivo del derecho*— acaso, tradicionalismo político germano del mandato—deber—; mientras en Duguit parece señalarse una a manera de realidad social existente fuera del hombre y sufrida por el como un quebranto a su libertad; próximo se halla esto al objetivismo dukheniano y figuran como mandatos que violentan—modas, costumbres, etc.— y a los que nadie puede resistir. Y parece en Charmont, al mismo tiempo un producto y una función sociales: por el la sociedad vive por cuanto es su baluarte y su defensa.

Hay un momento en el cual se creyera a Ihering a punto de olvidar su carácter de civilista y de superar el espíritu del derecho romano; es cuando nos da su *definición sociológica*, diciendo: «El derecho es la forma que reviste la garantía de las condiciones vitales de la sociedad fundada en el poder coactivo del Estado»; hálbase de las condiciones vitales de la sociedad y no de las circunstancias de los particulares; pero muy pronto la nota individualista resurge, o quizá, se esclarece tan sólo, con su aspecto profundamente perturbador. Es que Ihering no puede olvidar la investidura difícil de arrancarse del jurisconsulto investigador de los poderes y facultades individuales; el autor alemán ha reconocido de modo enfático que aquello de las condiciones vitales de una sociedad, no es otra cosa que una abstracción, por

cuanto todas las reglas del derecho tienen al hombre como único objeto; quedando en pie por eso, que los derechos son *intereses jurídicamente protegidos*.

En M. Duguit todo el daño procede de su violento reaccionar contra los supuestos de unidades sociales —orgánicas o no— de sustantividad distinta a la de sus componentes. ¿De qué manera entonces se elabora el derecho y cuál es el objeto propio y el papel a que se lo destina? Si en definitiva sólo el individuo habrá de subsistir en una traducción correcta de las permanencias sociales, si la realidad de los grupos es pura metafísica y no existe nada semejante a una conciencia colectiva; no entiendo esa facultad o poder moral exterior al hombre —la regla social— a tiempo que elaborado en su intimidad psíquica —el sentimiento jurídico de cada uno— cuya imposición irresistible y racional se concreta en no se donde, para ser en sus calidades permanentes anteriores y superiores a los dueños del poder, a causa de imponer también a ellos. Y no es en el indeterminado y escolástico derecho natural en donde habrá de ir a encontrar los comprobantes de la teoría, un positivista de tanto fuste como el jurista francés; y él lo rechaza de modo determinado e insistente. Más, a pesar de todos los contingentes individuales supuestos, el aspecto capital de la noción jurídica en el insigne maestro de Burdeos, es el rechazo del derecho como poder o facultad individual, sea para quienes mandan o para quienes obedecen: el hombre sólo está dotado de deberes, su único derecho es el de cumplir su deber nos repetirá con Comte. Más, habiéndose generado el indicado deber como regla social mediante las necesidades y tendencias individuales; ¿cómo se pasa del puro psicologismo de la necesidad al socialismo de la regla? ¿cuál la coincidencia? ¿cómo la identidad? (1)

Y al derecho objetivo lo define: «La línea de conducta que se impone a los individuos que viven en sociedad, regla cuyo respeto se considera, en un momento dado, en una sociedad, como

(1) La importancia indiscutible que alcanzan en las ciencias jurídico—políticas de hoy los análisis sugestivos de la realidad debidos a M. León Duguit, su simpático punto de vista crítico de todas las metafísicas inspiradoras de las extravagancias teóricas de un gran número de tratadistas del Derecho Político; me obligan a prestar una mayor atención que la ordinaria a las opiniones de este tratadista.— Las obras en las cuales debe consultarse sus principios jurídicos son en especial: “El Estado, el derecho objetivo y la ley positiva,” “Las transformaciones del Derecho Público” y “La Transformación del Estado” (esta última designación conforme a la que lleva en la segunda edición española, de la traducción de A. Posada).

una garantía del interés común y cuya violación ocasiona una reacción colectiva contra el autor de dicha violación». Nada me permitiría reparar si tan certero examen de la realidad, expuesto con tal vigor y eficacia evocativa, se completara con el sistema sociológico-político único que me parece pueda sustentarle: el de la entidad social una y verdadera. Por el contrario, para el autor, en aquellos agrupamientos eventuales de hombres que llamamos sociedades y Estados, los individuos —átomos sociales— hállanse sujetos a reglas de conducta formadas en virtud de las necesidades prescritas por la interdependencia que provoca la división del trabajo —supuesto absoluto y suficiente de los agregados humanos—. Y, al traducir la idea del autor, hablo de un contacto eventual, no a causa del grado de permanencia del grupo, sino por el origen de los supuestos cooperatistas en la teoría.

En efecto, los hombres a su pesar, nos dice, y de modo inevitable, se reúnen en grupos de vida común; su naturaleza sociable les impele. Pero, en vez de atribuir su sociabilidad a impulsos psicológicos de simpatía que reúne las semejanzas, a contactos espirituales; Duguit no lo descubre sino en la casual fatalidad del arreglo de las energías disponibles en la división del trabajo. De idéntica manera, como el capataz de un taller, el jefe de un astillero, reúnen y distribuyen sus hombres para transportar un peso o arrojar un navio, cada uno tiene su puesto social y cumple su misión bajo el vigilante control del usurpador del poder, que ha conquistado el derecho de disponer de las energías colectivas. Ni contactos psicológicos, repito, ni aportes tradicionales semejantes; nada más allá del puro ocupar un puesto en la sociedad; el regulamiento de la vecindad quizá, como entre los primitivos germanos. Es por eso que la regla social "Sólo implica el poder para los individuos que detentan la fuerza de organizar una acción social contra los que violan la regla. Implica también para todos el poder de cumplir libremente las obligaciones que imponen. En una palabra: no da a nadie ni a la colectividad ni al individuo derechos subjetivos; es decir el poder de imponer como tal su personalidad colectiva o individual. *Se limita a proporcionar a todo individuo en el medio social, cierta situación estrictamente dependiente de los demás y que le lleva a una cierta actitud activa o pasiva.*" E insiste y reafirma en las líneas siguientes el carácter de externa condicionalidad atribuida, de exclusivas energías concurrentes para fines extraindividuales: "Implica la regla social para todos un cierto estado que de la misma se deriva y que podríamos calificar de *situación objetiva* (subraya el autor) para oponerla al *derecho subjetivo* que yo

niego". (1) Es tan caracterizante de los supuestos políticos y da tanto relieve a los excesos interpretativos del autor, que no he dudado en transcribirla íntegra la página que precede. Si únicamente las necesidades particulares crearan el derecho, lo correcto sería decir que el Estado es guarda de los intereses de cada uno; y sin embargo nada más lejos de la idea de Duguit que la del Estado-tutor. En tal caso ¿habrá de ser la exigencia de los que dominan? Ya sabemos que no; ¿serán los supuestos arbitrarios de su criterio? Tampoco, pues deben someterse a ciertos dictados de la justicia (2).

¿Será fatal dentro de la idea exclusiva de organización de servicios como fin del Estado, o la más amplia, de interpretar la vida social por la forma de distribuir el trabajo entre sus miembros; ese rechazo de los contactos psicológicos y en general vitales, calificantes de la sociedad como persona? Me permito dudarlo. Con toda evidencia que la organización de grupos biológicos o humanos presupone el reconocimiento de categorías de atribu-



(1) La transformación del Estado pgs. 66 y 67. Y sin embargo son los mismos obedientes y sometidos quienes dictan la regla según sientan o no determinada necesidad: "Pero lo que hace el derecho, la regla de derecho, es la creencia, arraigada profundamente en la masa de las gentes, en una época y en un país dados, de que tal regla es imperativa, que tal carga debe ser cumplida. El derecho en una palabra, es ante todo una creencia psicológica de la sociedad, determinada por las necesidades de orden material, intelectual y moral. De aquí se desprende con toda evidencia, que el dato externo que tanto impresiona a Duguit sobre la efectividad de votar la ley, que para Francia por ejemplo es de ordinario la expresión de la voluntad de 350 diputados y 200 senadores, no tenga ninguna importancia real, por cuanto tales legisladores sienten como sienten los demás las exigencias de iguales necesidades; ellos quieren hoy pero su querer viene moldeado por la forma como sienten y piensan los hombres del mismo grupo, clase o partido.

(2) Es de interés manifiesto buscar con Duguit el principio que da legalidad y por lo mismo eficacia a la regla positiva: "mi teoría de la ley, dice, es esencialmente social, porque obliga a los gobernantes a no dictar otras leyes que aquellas respecto de cuyo carácter jurídico no puede suscitarse duda alguna. Bien se que la verdad jurídica no se impone con la evidencia de una fórmula matemática; pero no es menos cierto que determinadas reglas de derecho, en un momento dado, han penetrado tan profunda y tan generalmente en la conciencia de los hombres, que toda ley que no tenga otro fin que asegurar la aplicación de semejante norma, encontrará indudablemente una adhesión casi unánime". Hay pues para lo jurídico un estímulo creador social, una necesidad que satisfacer.

(V. "Las Transformaciones del Derecho Público" pg. 108), y además el sancionamiento posterior: pues si no se cumplen los requisitos señalados procederá, y de modo legítimo, el rechazo violento o la resistencia pasiva que habrán de volver imposible su aplicación ("La transformación del Estado" pgs. 110, 111 y 112).

tos y la elegibilidad de funciones atribuibles, una disciplina, como dice el escritor francés. Pero antes, sobre el reglamento está la necesidad y la preferencia para constituir el grupo. La necesidad no es la peculiar de uno o de todos, dispersos, o de una mayoría; precisa que sea de la colectividad. De otro modo no me explico la prevalencia de los derechos sociales sobre los particulares en caso de conflicto —como cuando se manda una expropiación por causa de utilidad pública—, ¿por pura mecánica del número? me parece muy superficial e incorrecto el motivo; pues si cada uno no tiene poder de imponerse ¿como lo adquiere el conjunto? Por otro lado, si sólo se tratara de pura cuestión de número, todo lo querido por la mayoría fuera lo legítimo: un levantamiento popular para el asesinato de inofensivas víctimas, como las hecatombes de extranjeros en ciertos países y momentos históricos.

6.—Una costumbre muy singular aparecida en la Rusia soviética, rememora las fases primarias de lo jurídico, pero es como un remozamiento al mismo tiempo del profundo sentido de aquel **mínimum de moralidad que el grupo exige para poder permanecer.** Consiste la referencia en este dato: ciertas controversias públicas son juzgadas y sancionadas por los circunstantes; especie de amplio jurado popular. Supongamos una riña en la plaza ciudadana u otro lugar concurrido; la multitud atraída por el escándalo rodea a los combatientes y resolviendo de manera inmediata sobre cual es el responsable, le conduce, le empuja hacia la cárcel del lugar. ¡Cuán lejos esto del obstruccionismo de nuestros públicos a la intervención policial! Motivo; nuestra desconfianza de la justicia.—Ese es el cumplimiento del derecho espontáneo y primitivo, al cual hace falta agregar el reflexivo y más complicado de las sociedades adelantadas, que de ese germen sentimental ha hecho una institución y lo ha vuelto patrimonio social hereditario. Así, las coincidencias de la emoción—equidad en el grupo, lenta pero de modo seguro va a convertirse en fórmulas y en principios generales, merced al esfuerzo reflexivo que sucede al hábito y lo concreta en una regla. Y, el hábito, para generar la ley ha de ser común y representar una necesidad vital. De esas circunstancias nacen las calidades del derecho capaces de convertirlo en un producto social: *a*) la repetida forma de procedimiento que agota el tiempo de las generaciones formativas, para permanecer como patrimonio transmisible; *b*) las notas imitativas que hacen a la costumbre local extenderse y difundirse; y, *c*) la propiedad de cambiar lo espontáneo en reflexivo originando la ley.

Tales son las notas constitutivas genéricas, pero ellas no nos dicen de modo explícito y suficiente el objeto perseguido, si bien de ahí habrá de desprenderse. Al objeto lo ha determinado M. Charmont en estos términos: "El Derecho es, pues, el conjunto de medios con la ayuda de los cuales cada grupo se protege, contra las perturbaciones suscitadas por alguno de sus miembros o contra la hostilidad de los demás grupos, reduciendo la concurrencia vital al *mínimum indispensable*." La objetividad del derecho tiene aquí un realce incomparable, es el poder vivir y el querer permanecer de la sociedad, su naturaleza extra-individual es conservadora de la existencia colectiva y lo hace reduciendo la concurrencia al mínimo. En el fondo palpita aún las calidades subjetivas del arreglo de las conveniencias particulares, pero atenuado, oscurecido por el propósito primordial: la subsistencia colectiva en forma de funcionamiento jurídico. Mas, lo ha visto Charmont como límite de actividad y no en el otro importante carácter suyo de auxilio y cooperación.

Y junto a todo lo indicado, el derecho subjetivo de Duguit, primero bajo la forma de *poder querer* de actuar con resultados jurídicos; y en el secundario, de protección de lo hecho dentro del marco de la ley y de las obligaciones originadas en un vínculo jurídico: «el poder que pertenece a una persona determinada, de exigir de otro el cumplimiento de una prestación concreta bajo una sanción social, que en los países organizados políticamente es casi siempre la acción de la justicia.»

Si se recapitulan y valoran todas las sugerencias obtenidas, puédense aquilatar estas terminantes conquistas de las ideas modernas: el Derecho es una función del Estado que vigila y protege la permanencia social, y se concreta en reglas de conducta que, cumplidas, serán garantizadas en sus efectos. Procederán de esos reconocimientos consecuencias capitales en nuestro estudio.

7.— Dentro del mismo orden de ideas que las comprendidas en los últimos párrafos del número anterior, preséntase este interrogante de efectiva pertenencia de los grandes problemas del Derecho Civil Internacional: ¿son válidos los actos jurídicos de los extranjeros? Por el momento únicamente señala, que lo jurídico con su doble objeto, de permanencia de las instituciones nacionales para la subsistencia de la colectividad y de garantía consiguiente de la actividad privada dentro del marco de la ley; se presenta a la manera de una atmósfera circundante que vivifica y penetra a la integridad de los elementos componentes de un grupo, ora permanezcan de modo habitual o de manera tran-

sitoria. Son como los jugos vitales en el interior del organismo biológico, calidad del ser, pero de rechazo indispensables para sus componentes; el objeto, es la vida del animal, supongamos, pero al tiempo mantiene la integridad de sus células.

Por eso hemos podido concretar la fórmula de la rama del derecho que estudiamos, en estos términos: *el reconocimiento para todos los hombres de ejercitar sus actividades naturales en todos los países, con resultados jurídicos de permanencia*. En verdad, esto sobrepasa y excede a la pura garantía actual de las posibilidades del obrar jurídico para el extranjero, exige un incorporamiento nuevo a las calidades descritas del derecho: la permanencia de los efectos; por ella podrá preveer el hombre a cualquier plazo las consecuencias de su conducta de hoy. Fundamento éste de la no retroactividad de la ley y de los derechos adquiridos, cuya oportunidad analítica se nos presentará más tarde. Y así comprendemos en la fórmula: la posibilidad de adquirir derechos, el respeto a los ya adquiridos y una resultante del influjo de los dos preceptos anteriores dentro de la justicia: ley de equidad del derecho, las modificaciones del precepto a causa de las circunstancias variantes.

El principio riguroso de la obligatoriedad general de la ley, con su supuesto altamente ficticio del conocimiento por todos los habitantes del país, principia a echarse abajo por el empuje de la filosofía realista y pragmática aquilatadora, sobre todo en las materias penales, de los peligros e injusticias contenidos en los viejos supuestos. Si en el país de donde el extranjero viene no se supone delito un determinado acto, y al no estar prohibido de hecho se lo permite, ¿deberá sancionársele en el nuevo país por estar ahí castigado como delito? La equidad exige que se tenga en cuenta la malicia acompañante, y cabe por tanto prueba del desconocimiento; pero la seguridad social impondrá sí medidas de policía y el anuncio previo para sancionar la reincidencia. En otro campo legislativo: ¿por las peculiares condiciones del comerciante no se ha establecido en la mayoría de los países Códigos de Comercio que separan, de la trama normal del Civil esta parte de la actividad privada? Motivos muy superiores mantienen las peculiaridades del derecho aplicable a gentes venidas con una dotación jurídica precedente y con cierto sello de una actividad reglada; por otra parte, la plenitud legislativa sobre este punto no pertenece a legislador ninguno, hay principios de justicia superiores a toda voluntad reglamentaria y que hace resplandecer el cuadro de las facultades inherentes al extranjero.

8.— Entre el sinnúmero de relaciones cuyo reglamento le corresponde al derecho, podemos ya concretar el determinante cierto del propósito de nuestra rama jurídica, y hallar el marco que recorte en la vida su propio objeto, para comprender los problemas de su pertenencia.

Las Institutas del Emperador Justiniano se refieren primero a estas dos ramas: «Publicum jus est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet», que traducimos en forma literal. *Público es aquel que se refiere al estado de la cosa romana; privado es aquel que corresponde a la utilidad de los particulares.*

Apreciando los términos, cosa pública como equivalente al interés público, distinto, y en ciertos momentos y sentido opuesto a las aspiraciones particulares; hoy día se levanta convincente el espíritu crítico, tratando de englobar a uno y otro en un solo supuesto. ¿Cuál es el reglamento o la ley, dicen razonando al efecto, que se relaciona puramente con el interés privado o sólo con el público? ¿Inscritos, no hemos visto en toda regla, agregaríamos nosotros, al mismo tiempo la defensa colectiva y el poder de *querer* respecto al individuo? (1)

Quizá sea más penetrante y actualizador del pensamiento romano, el sentido que toma en la traducción de Ortolan: «Se llama Derecho Público el que trata del gobierno de los romanos y privado el que se refiere a la utilidad de los particulares». Halláremos así ante la doble calidad de los sujetos regidos, sin referencias a los contenidos intrínsecos de la regla: las maneras de organizarse la República es la una referencia y la utilidad privada significa el contingente de garantía.

El esfuerzo diferenciador lo acepto como oportuno, pero yo lo considero incompleto; tratemos de integrarlo. Como sujeto a

(1) Con vistas un poco parciales y poco analíticas, y bajo el prisma individualista, el ilustrado Profesor de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Alfredo Colmo, ha tratado el problema en los siguientes términos: "Lo que es para mí cierto es que esa división del derecho en público y privado es una cuestión de principio y no de categoría. De ahí que no sea posible la separación, ni sea imaginable ninguna línea divisoria, sea cual fuere el punto de vista desde el cual se mire (el sujeto del derecho, el beneficiario del mismo, etc.) Ni siquiera es admisible el distingo entre derecho público y principios de orden público. Esto es teología pura. Al fin y al cabo todo es derecho público y todo es derecho privado: como que el derecho público no es sino, en el fondo, la suma o el conjunto de los derechos privados; y como que el derecho privado es, en definitiva el único y verdadero derecho." ("Técnica legislativa del Código Civil Argentino").

las reglas jurídicas mantiene esta doble calidad el Estado: o cumple la función de los intereses generales, y entre ellas las del derecho, o ejerce actividades privadas sin traspasar la ley general y antes sometiéndose a ella, como cualquier particular. Sin ser desconocido tampoco una circunstancia intermediaria, cuyos representantes típicos son los poderes administrativos. Por su parte el individuo: u obra como factor y elemento colectivo o lo vemos en su calidad de amparado o protegido por la ley. Eso sí, no entra en esta categoría por estar inscrito en las del derecho público, el hombre autoridad o el individuo político elector. De ahí los varios aspectos dentro de los dos derechos, que los aproxima y da pie a los embates unificadores de lo jurídico. Hablo de las peculiaridades agrupadas por mí en esta forma: el Orden Público del Derecho Público y el Orden Privado del Derecho Público; frente al Orden Público del Derecho Privado y al Orden Privado del Derecho Privado.

El Estado se organiza, se constituye y encarna sus poderes en determinados órganos fijando sus maneras de procedimiento, Orden Público del Derecho Público, en la vida interna; el Gobierno representa al país por medio del respectivo empleado y exige los honores y consideraciones debidos al Estado: Orden Público del Derecho Público en la esfera internacional.—Los poderes constituidos celebran un empréstito y se obligan a determinados gravámenes, ejercen industrias y deben garantías a sus obreros o practican cualquier rama del comercio, todo para sacar beneficios para la colectividad: Orden Privado del Derecho Público.—O en fin, celebra contratos con particulares, con compañías u otros gobiernos, para el cumplimiento de servicios públicos: esfera administrativa intermediaria.

El individuo a su vez —no ejerciendo la magistratura ni practicando el sufragio— dueño es de su derecho subjetivo en la forma y en los terminos descritos ya; mas se fija en el un poder-deber y un poder-querer, de esta manera: en las instituciones denominadas del derecho privado — familia, propiedad, comercio, etc.,— hay ciertos elementos constitutivos esenciales, cuyo desaparecer sería el de la idea que creó la institución; pero se presentan también algunas fórmulas de reglamento sustituíbles sin grave perjuicio y derechos renunciables: aquellos que sólo se refieren al interés privado del renunciante. En el derecho privado: pertenecen al orden público los elementos esenciales cuyos atributos son irrenunciables y al orden privado los demás. Ampliaremos las anteriores consideraciones más tarde.

Y estamos en aptitud de situar al Derecho Civil Internacional, entre las varias disciplinas jurídicas.

Colocámonos, desde el primer momento, en el plano del derecho que al hombre tiene como sujeto—el subjetivo de Duguit—; y descubrimos por tanto, que ni los aspectos políticos, ni los procedentes del delito y su reparación, pueden estar inscritos en él. Todo lo relacionado con lo político es derecho público interno, objetiva regla de deber hacer, para el cumplimiento de las funciones del ciudadano; con la fórmula insinuada: orden público, del derecho público. Por eso fue obstinada defensa del patrimonio ciudadano en Roma el *jus suffragi* y el *jus honorum*, por eso los pueblos modernos reservan a sus nacionales los privilegios y deberes políticos; y si alguna vez se ensaya, a la manera de lo ocurrido entre los pueblos centroamericanos, la identidad en el orden señalado de extranjeros y ciudadanos, lo es a título excepcional y entre grupos de parentesco muy próximo; por último, este privilegio es de naturaleza legislativa interna y no de contenido jurídico exigible. No hace falta más para que se rechace instantáneamente de entre los problemas nuestros.

Pero si lo dicho respecto de lo político es indudable e incontrovertido, no pasa lo mismo con nuestro modo de ver que excluye lo penal. Incorporado en muchos tratados e inscrito en los proyectos de Código de Derecho Internacional Privado, se halla como un capítulo o parte, lo penal internacional. ¿Cuál el motivo de esta discordancia? Una escasa crítica y análisis superficial del exacto contenido de la materia en la mayoría de los autores; se ha visto únicamente por ellos el aspecto, casi podríamos decir nominal del asunto: el poder referirse el crimen y su juzgamiento a un individuo no nacional. Sólo nos permitiremos breves consideraciones sobre las calidades del derecho criminal para saber si se justifica o no la exclusión hecha.

Sean cuales sean los sabios esfuerzos llevados a cabo por el positivismo, para dar a la criminalidad su exacta posición psico y sociológica; en la realidad legislativa permanece no obstante casi de manera uniforme los viejos principios de la reparación social del daño causado y del resentimiento público vengador. De ahí el circunscribir materializando las calidades del crimen, en un distrito geográfico; la del escenario de sus efectos.

No puedo por menos de referir tal circunstancia, a esa forma de corporizar la entidad criminosa en el derecho penal clásico, con su espíritu animador y su sustancia corpórea: la intención y el acto. Son sincrónicas y homólogas con tales supuestos, las maneras de traducir las ideas jurisdiccionales o las pertenencias de las facultades represivas, cuya fórmula internacional ordinaria nos da el art. 340 del Código del señor Sánchez de Bustamante en esta forma: «Para conocer de los delitos y fal-

tas y juzgarlos, son competentes los jueces y tribunales del Estado contratante, en que se haya cometido» Hay algunos casos jurisdiccionales de excepción, y estos son aquellos ocurridos en país extranjero pero con daño exclusivo para la patria del delincuente (moneda falsificada o falsificado el sello de la República etc); fuera, claro está, de los casos previstos y prescritos por el Derecho Internacional Público: problema distinto en estricto sentido, por sus notas políticas importantes.

No dudo en advertir lo descrito como una manera de nacionalidad reconocida e impuesta al acto delictuoso: de origen territorial, cuando se refiere a su nacimiento o sea al hecho de producirse en un escenario o lugar; de estirpe, o del *jus sanguinis*, cuando se tiene en cuenta la ciudadanía de su autor o la clase de derecho lesionado. Precipitud deductiva de una lógica rigurosa. Pero ¿cómo en tales eventos aplicar modificantes legislativos y leyes extranacionales por la calidad de sus autores? Se trata, según yo creo, en la mayor parte de los Códigos actuales del puro derecho interno penal *re-presivo* (una presa por otra) para la colectiva tranquilidad.

Mas, veámoslo en las mismas teorías de vanguardia, concretándonos por hoy a aquel brote lleno de perspectivas de la *Defensa Social Universal*, tan sabiamente ponderada por el ilustre Profesor de la Universidad de Madrid, Quintiliano Saldaña. (1)

Las sugerencias del nuevo derecho respecto a las relaciones entre los pueblos, procura descubrir mayores eficacias y pretende hallar particulares estímulos no apreciados antes, para el arreglo de la vida humana mundial. Quiere desterrar las viejas desconfianzas, afianzando al mismo tiempo bases firmes de moralidad con su cortejo de justicia y de auxilio mutuo. — La internacionalización del delito y la desnacionalización de la pena, se hallan entre sus postulados más sugestivos.

Los países y sus gobiernos se sentían, y se sienten aún, unidos por intereses comunes inalcanzables en su plenitud por los particulares recursos: aproxímanse y defiéndense en conjunto, ante la presencia de enemigos muy fuertes, y si se auxilia el comercio y si se protege las industrias extranjeras, no se trata de una benevolencia ni del reconocimiento de los derechos estrictos de los hombres por su naturaleza de tales, sino de favorecer propias ganancias y aprovechamientos suyos propios: fis-

[1] Pueden consultarse los notabilísimos trabajos del Profesor Saldaña "La Justicia Penal Internacional" y "La Defensa Social Universal".

cales o de otro orden —comodidad, lujo, obtención de materias imposibles para el propio territorio—. Las alianzas defensivas y ofensivas fueron inequívocos representantes de inquietudes de los Estados que creían no poder triunfar por sí solos de sus enemigos, y de rechazo, todas las promesas, todas las ofertas y las expresiones de cortesía significaron conquista, captación de aliados. La tolerancia y auxilio a los particulares no nacionales, estableciéndose para el beneficio del propio comercio o en esperanza de la recíproca benevolencia del pueblo extraño para sus ciudadanos. De ahí, en lo público, los resortes secretos, los pactos oscuros y las reservas mentales: ofrecer el mínimo y obtener el máximo de concesiones. Es la misma política romana de engaño y sorpresa respecto del aliado, que le permitió a esa República convertir los pactos de iguales en convenios de sometimiento, tan pronto como el menor detalle lo permitía. Hoy, expresivas muestras de los indicados supuestos nos trae el realismo incitador de esta doble condición: la igualdad jurídica, aspirando al engaño de los débiles; junto a la desigualdad política de influencia, tan excesiva en resultados prácticos impositivos. En los problemas pertenecientes a los particulares, de los indicados antecedentes hubo de nacer las teorías del *comitas gentium* y de la reciprocidad; convertidas y excedidas en la vida, por los abusos protectores de los ciudadanos en los reclamos diplomáticos.

Una filosofía moderadora y encausadora de las realidades peligrosas, dispuesta desde mucho antes a luchar contra aquellos procedimientos y sugerencias; refuerza ahora sus filas requiriendo fondos de más consistente moral en las resoluciones adoptadas por los gobiernos y originadoras de su conducta. También el interés egoísta se reviste de atributos más humanos: el extranjero como el ciudadano gozan sin restricción de los derechos del hombre, y a la inquietud-duda que el actual régimen trata de consagrar en la protección a sus nacionales; quiérese sustituir la fe en la justicia extranjera prohibiendo el intervencionismo denigrador, respecto de las sentencias de jueces y tribunales del país. El borrar la menor sombra de diferencia para comparecer en juicio y que se atienda sus reclamos, entre todos los hombres, tenía que ser el suplemento indispensable: las costumbres y los mandatos legislativos en algunos de los países americanos, quizá se han excedido en este aspecto, haciendo del hombre extraño el privilegiado por excelencia.

De aquellos altos principios de justicia que habían de animar a los pueblos, para el igualamiento en acceso a los tribunales y en el modo de garantizar los intereses de ciudadanos y no

ciudadanos; no había sino un paso, dado ya, para atribuir la facultad jurisdiccional al juez que aprehendió o en cuyo lugar se hizo la aprehensión del delincuente, antes que al del escenario del delito. Y esto con tanta mayor razón, cuanto la generalidad de los delitos comunes han sido reconocidos con el mismo título en la mayor parte de las legislaciones modernas de los países cultos. Sin embargo, es bien notoria la existencia de determinados peligros: hay actos considerados como delitos en un lugar, no inscritos en otro con tal categoría; se sanciona además diferentemente un mismo hecho delictuoso en distintas naciones. Pero extraños a la materia que hoy discuto son los puntos de vista de los peligros referidos; debiendo recojer sólo la tendencia orientadora.

La quintesencia íntima de los cambios mantenidos, exprésase en el convencimiento de la identidad genérica institucional de la cultura entre los pueblos asociados y una moral de nivel semejante; de modo que cuanto amenaza a la permanencia de las instituciones de un país, puede amenazar las del otro. El peligro no se restringe, por tanto, a un sólo Estado, aquel del territorio donde el acto fue, sino que se dilata, ondula y cabe que tenga resonancias muy lejanas a causa de la intimidad del mundo moderno por las facilidades actuales de comunicarse entre los hombres. Y esto, prescindiendo de los delitos de propio carácter internacional, por referirse a asuntos de este orden, garantizados por la ley, o de los extranacionales, a la manera de la piratería, la destrucción de cables submarinos y otros de semejante naturaleza; hablo de todo crimen, delito o mala acción, ahora llevado a efecto en un lugar, mañana repetible en donde quiera. ¿No es rico en el mundo moderno el florecimiento de los caballeros de industria y de los estafadores sin nacionalidad?

Al sistema territorial se sustituirá pues, el del mutuo auxilio y el interés universal. El delincuente y el delito, su mejoramiento y su grado de peligro, no sólo despertarán la vigilancia y el temor de un gobierno, sino el de todo país por las amenazas internacionales del fácil acceso. Mejorar al delincuente, por otro lado, habrá de representar aspiración muy legítima y hasta deber humanitario de todos los gobiernos. Y, caso de llegarse a aceptar esto, se habrán orillado los importantes problemas de la extradición, con su contenido histórico-político, tan ilógico e inadecuado aún dentro de su mismo criterio generador, como el rechazo de la entrega del propio ciudadano para el juzgamiento en otro país del delito en éste cometido. Queda así impune el nacional por sólo este carácter, pues no será juzgado tampoco en su patria.

Sin embargo de todo lo anterior y aún cuando la práctica coronara el idealismo de la tendencia descrita; lo penal seguirá siendo defensa de los intereses públicos, ya no privativos de un Estado sino de los países cultos; y preocupándose del hombre, de su situación jurídica y de su manera de ser únicamente de modo restringido, para el servicio público de la justicia y el habilitamiento social del delincuente. El aforismo de Ferri: no hay delitos sino delincuentes, si bien aplicado de ordinario a la política penitenciaria y en vista de la terapéutica preferible; en el sistema criminológico general no puede significar sino que la protección necesaria de las pertenencias públicas, tendrá en cuenta que sus enemigos no pueden catalogarse en categorías bajo el rótulo específico del delito perpetrado, sino en individualidades dañosas: peligro más próximo o más lejano, virulencia exacerbada o tenue. Esto es, el propio campo de lo penal significa el del Orden Público: del Derecho Público, respecto, por ejemplo, de las contravenciones de peligros para la seguridad del Estado o políticos; del Derecho Privado si van contra las garantías de permanencia de la familia, de la propiedad, etc. — Insisto, el interés privado en estas materias, presentase en segundo plano, predominando sobre lo jurídico la calidad humanitaria, o el mantenimiento y mejora de sus componentes (esfuerzo administrativo) cuántas veces se habla de la reeducación y salud del delincuente. Y en cuanto a las reparaciones debidas a la víctima, se las inscribe con justicia entre los reclamos de orden civil. (1).

El plano del derecho civil, ya lo sabemos, es precisamente el opuesto. De las relaciones regulables toma las privadas; y si hablamos de Orden Público —cosa frecuente cuando al civil internacional nos referimos— es para señalar el límite natural, la última demarcación de la eficacia voluntaria humana junto al mantenimiento institucional por parte de los poderes constituidos, y en lo internacional, de lo mudable por motivo de la inge-

(1) No tiene, ni pretendemos reivindicar para nosotros, notas de verdadera originalidad, el propósito de excluir del contenido del Derecho Civil Internacional, las materias penales; por cuanto son varios los autores que así lo han comprendido. El notable tratadista de los *“Métodos del Derecho Internacional Privado”*, José Jitta, después de señalar las características del Internacional Público y del Privado, atribuyendo al primero, el dominio preferente de los asuntos propios del “cuerpo social” y al otro el de “los hombres”, llega a esta conclusión: “Es así que, para mí, el derecho fiscal, el derecho penal y la jurisdicción pertenecen al *derecho público*; y el derecho respecto a la quiebra, por ejemplo, al *derecho privado*”. (*La renovación del Derecho Internacional sobre la base de una comunidad jurídica del género humano.*—1919).

rencia de un elemento extranjero. Lo impositivo para el hombre, frente a las calidades voluntarias y cambiantes de algunos derechos subjetivos. Forma parte de nuestra ciencia el Orden Público, como el marco que sin constituir el cuadro, lo delimita y da realce.

## CAPITULO TERCERO

Valor científico de la designación, Derecho Internacional Privado y nuevos nombres sugeridos respecto a nuestra ciencia.

El *jus gentium* y la legislación romana como antecedentes del Derecho Civil Internacional (Savigny y Philimore); verdadero sentido de tal antecedente.

Análisis de los criterios que mantienen estos significados: a) *conflicto de leyes*, b) *limites locales de la aplicación del derecho*.

¿Debe llamarse autoridad extraterritorial de las leyes? (Fiore) o reconocimiento extraterritorial de los derechos? (Dicey).

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Motivos de elección del nombre *Derecho Civil Internacional*.

9.—Cuestión de términos y disputa sin ninguna consecuencia práctica, se ha dicho del prolijo seleccionismo de un nombre adecuado para la rama de la jurisprudencia que estudiamos, por parte de determinados autores; agregándose en seguida este argumento: si a un nombre se lo acepta de un modo general para designar tal o cual asunto, ésta o la otra materia, ¿qué importa que filológica o científicamente no sea el adecuado, cuando contiene y concreta la idea en su plenitud sustancial? Me satisficiera la reflexión indicada y plegaría a ella, si lo enunciado como puro problema del denominante, no tuviera en las presentes circunstancias alcances de mucho mayor profundidad.

Efectivamente, en el lenguaje humano todo es convencional y participa del carácter fluctuante de las ideas, sólo que de ordinario, sin ir a su compás, marcha de manera más pesada, más lenta: el mismo término de ayer, encierra hoy día contenidos y sustancias distintos; agrandándose las diferencias de tiempo a tiempo, y en ocasiones, mudando en totalidad de siglo a siglo.

¿Cuál es la semejanza de atributos entre el magistrado romano nominado Consul y el empleado de nuestros tiempos a quien su propio país le encarga propulsar y defender los intereses comerciales en el extranjero? y aún con menor distancia ¿entre este último empleado y el Juez de mar y pezca en la provenza medioeval? Y no obstante tantas desigualdades, consérvase el nombre sin que nadie se preocupe de sustituirle. Pero es del caso recordar, que al referirse a las funciones consulares y cuantas veces se piensa en aquello que le pertenece como atributo o mandato para cumplir; se delimita y concreta el asunto de una manera bastante aproximada, y el nombre por sí ni por sus antecedentes históricos no nos induce a error. Y haciendo referencia a otro supuesto: en el Derecho Internacional Público, la relación no se concreta entre naciones, el punto de referencia es el Estado; no obstante, no creo de urgencia el cambio, pues al cabo de breves rectificaciones no hay disconformidad sobre el complejo de sus problemas y el orientamiento genérico de los asuntos que comprende. Mas, en la materia a que nos referimos en este momento, la designación ha ofrecido fatales consecuencias: ha descarriado y pervertido el criterio.

A consecuencia de semejantes circunstancias, no habiéndose fijado con certeza el contenido; los supuestos menos aceptables se ingirieron en el pensamiento del investigador, sustentándose y viviendo por la fuerza sugestiva del nombre elegido. Es naturalísimo el proceso: si de Derecho Internacional se habla, debe pensarse en relaciones de pueblos entre sí, o mejor, de Estados; pues los dos nombres unidos eso dicen. Y como se conocía otra ciencia, también a los gobiernos y países referentes, determinando sus calidades jurídicas; fue necesario reunirlos para compararlas, inclinándose a la idea de relacionarlas en esta forma: mientras el Derecho Internacional Público se ocupa de las circunstancias directas del sometimiento al derecho de los Estados y del contacto sin preeminencias de las soberanías, el Privado, rama del anterior o bifurcación del mismo tronco, tiene como problemas también las relaciones entre Estados, pero por motivos indirectos: lo son en virtud de negocios entre particulares donde intervenga algún elemento extranjero.

Todos los antecedentes discutidos en el capítulo anterior, se han organizado conjuntos hacia este principal esfuerzo: desterrar la idea de privilegio, tolerancia o cortesía que indujo a atribuir derechos al extranjero por respeto o en virtud de las relaciones entre soberanías concurrentes; en vez de ser a causa de verdadero acatamiento a la naturaleza humana que cumpliendo con la regla prescrita, goza de una garantía de justicia. Pues

de este modo de concebir; una lógica estricta nos conduciría, por fatalidad de sus consecuencias, a ciertos resultados inadmisibles. En primer lugar: si un Estado presta venia al soberano extranjero para ingerirse en asuntos internos de tanta trascendencia como estos del derecho civil, con facultades capaces de cambiar el sentido y alcance de algunas leyes en protección a los intereses de sus nacionales; a la manera según la cual se procede cuando se exige tener por menores de edad a individuos que habiendo llegado a la mayor edad conforme a las reglas del país en que se encuentra, no tiene sin embargo el número suficiente de años que prescribe la regla aceptada en su propia patria. Si respecto a estas graves circunstancias, digo, se afirma que es una soberanía la que se impone o se superpone a otra ¿cuál será el motivo suficiente, para negar la intervención diplomática, y en caso de ineficacia de ésta la coactiva, a un gobierno extraño cuantas veces suponga que el derecho de su súbdito está en peligro o ha dejado de hacersele la justicia conveniente? Y a esta consecuencia de naturaleza sobre todo política, pueden agregarse causas de aspecto especial de justicia.

Si el derecho se concede al extranjero en vista y por consideración al país al cual pertenece; rotas las relaciones con determinado pueblo, o no reconocido aún cierto Estado o tratándose de tribus incultas o de baja cultura ¿podrán ser sujetos de facultades civiles esos extranjeros; a pesar de no poseer la aptitud por sí? La respuesta correcta para mí, sería negativa; por cuanto, no englobando la comunidad política internacional a la respectiva patria y no siendo su vida la del soberano sino del sometido; el hombre no tendría en que apoyar su pedimento ni el Estado requerido como fundar su concesión. Pero en la realidad de los hechos se le atribuye al negro o al habitante de la Costa de Oro, al nacional del país en beligerancia en el Estado enemigo & &, facultades y poderes jurídicos, no privándole si quiera en el último caso de la aptitud de reclamar en derecho, según antes exigía cierta bárbara represalia. Al salvaje y al enemigo se los protege la vida, se les permite el goce y uso de su patrimonio, tienen acceso a los tribunales de justicia y hasta se les reconoce algunos derechos adquiridos en la propia patria. Nada de eso cabe atribuirse al respeto debido o al reclamo interpuesto por un pueblo inorganizado o por un gobierno sin reconocida representación ante quien los concede; todo es debido a las calidades del hombre, a los atributos pertenecientes a la especie humana y a la naturaleza del funcionamiento jurídico en

cada Estado, que abarca y penetra a cuanto habita o existe en su territorio.

Los términos, Derecho Internacional, por tanto, no deben ser tomados con su naturaleza específica cuando nos referimos al Privado, y en tal virtud y porque el nombre provoca serias dificultades, creo imprescindible cambiarlo por otro más adecuado. En este empeño los autores han ofrecido en reemplazo del nombre que quiere abandonarse, gran número de designaciones. El notable internacionalista, Profesor que fué de la Universidad de Buenos Aires, Sr. Estanislao Zevallos, en su magnífico curso de conferencias dictadas en 1910, bajo el título de la *Justicia Internacional Positiva*, ha alcanzado a recojer treinta y cuatro. No podemos analizar todas para el seleccionamiento conveniente, pero lo haremos a propósito de unas pocas que creemos del mayor interés.

10. — El *jus gentium* de los romanos ha sido acogido y preconizado por Philimore. Creo con convencimiento bien íntimo, que, cuando se reconoce y acepta un nombre antiguo o extranjero, como medida salvadora para evitar designaciones peligrosas, inductoras de error, habrá de hacerse luego de intenso y análtico estudio, como si se tratara de un nombre técnico de preciso alcance, y esto dentro del idioma y la práctica que hayan contribuído a tal objeto.

Aparece sin género de duda que los romanos empleaban la denominación que analizamos, con doble objeto o propósito, aún no bien determinado por los romanistas; pero quizá nos hallemos próximos a la verdad, si separamos el contenido divergente en esta forma: o la manera de proceder prescrita para los asuntos públicos de la República con los Estados vecinos enemigos o aliados —derecho fecial— como las mandadas prácticas y reglas de la declaratoria de guerra, para darle a esta la calidad de justa, o sea de legal (1); y de otra parte, el interés despertado y la legislación prescrita para el caso de los peregrinos residentes en el territorio romano. Únicamente este segundo significado nos interesa, y a tratar de describirlo vamos, en vista y con análisis de los términos empleados por los redactores de las Instituciones de Justiniano.

En aquellas Instituciones hallamos primero, el separamiento entre el Derecho Público y el Privado, con notas caracterizantes

---

(1) Justa era la guerra para el romano cuando se la declaraba con las fórmulas prescritas, sin preocuparle para nada su grado de moralidad.

que han supervivido durante tanto tiempo; y al hablarnos del privado nos enseña como contingentes suyos: el *jus naturale civile et gentium*. Refiriéndose al primero, nos lo muestra como aquel conjunto de necesidades comunes a los hombres y a los animales; el segundo consiste en facultades privativamente atribuidas y reglamentadas para los ciudadanos, mientras el derecho de gentes es aquel que una razón natural establece entre todos los hombres y se observa en casi todos los pueblos.

Bajo el prisma estricto de la teoría, los términos empleados para definir el *jus gentium*, me parece de una exactitud manifiesta; pues refiérense y hablan de ese espíritu jurídico universalista, intérprete de costumbres semejantes y de principios de justicia difundidos con amplitud entre los seres humanos. En efecto, los pretores que encontraron ya en el derecho quirritario principios y leyes de naturaleza general aceptadas con escasas modalidades en patrias diferentes, o que incorporan más tarde en sus edictos para llenar los vacíos o mejorar la conducta; se esfuerzan con lógica certera, en volver a unos y otros, aplicables para el extranjero. De ahí el desvirtuamiento sacramental de las antiguas fórmulas que, perdiendo su categoría de rito civil, por equidad, se aplica a los extraños. Pero resultó de todos esos arreglos, composturas e incorporamientos, que no toda garantía de derecho, por común que fuera entre los hombres, quiso conceder a los peregrinos; y en sentido opuesto, reglas de experiencia y ensayos romanos netos, se inscribieron entre los principios del *jus gentium*. De las indicaciones precedentes este resultado: el derecho de gentes fue para los magistrados romanos el conjunto de reglas y poderes jurídicos de orden privado, aplicables a los extranjeros. Hay por otro lado un dato capital que no se debe perder de vista en ningún momento y que interpretado con justeza, habría evitado a los estatutarios y post-glosadores sus extremos realistas, y rectificaría acaso algunos desorientamientos de autores modernos. Me refiero a la calidad de ser las reglas del *jus gentium* aceptadas en el sistema legislativo latino, no en consideración ni acatamiento a la ley de otro país, sino como regla que el poder romano daba sin limitar sus efectos a los ciudadanos; procedía de la autoridad ciudadana y no de la bárbara potestad.

Aún el ilustre campeón de los principios jurídicos romanos, que con Philimore investiga y trata de descubrir los verdaderos principios del Derecho Civil Internacional en la jurisprudencia de Roma, M. F. C. de Savigny; este mismo autor digo, que remoja la vieja teoría de los post-glosadores, asienta la importan-

cia de este reconocimiento: el verdadero derecho extranjero, bárbaro, no participa con su carácter de tal en la vida del pueblo ni en la marcha de sus procedimientos y decisiones judiciales; y si se hallan reglamentos convenientes en cuanto a la elegibilidad y preferencia de leyes, preséntanse en las circunstancias peculiares de la concurrencia o conflicto de reglas de una ciudad aliada, una colonia latina o un municipio, que contradigan o perturben el régimen romano, el derecho común que dirán los postglosadores y estatutarios.

Pero ¿se trataba de una efectiva regla de combinamiento o elección en los escasos preceptos hallados por Savigny para fundamentar su creencia? Me permito suponer que no. Veamos uno de los ejemplos traídos a ese propósito por el gran romanista. Habiéndose dictado leyes represivas muy fuertes contra el ciudadano inculpado de usura, su aplicación civil estricta dió margen a que los acreedores las eludieran y burlaran extendiendo el respectivo crédito a nombre de un habitante de ciudad vecina; para evitar tal fraude se expide una ley declarando la obligatoriedad de las reglas contra la usura respecto de los *socii y latini*. — La soia atenta lectura del texto de Tito Livio citado por Savigny, nos induce a pensar que esta calidad de participantes de las reglas jurídicas, no es otra cosa que una extensión de las *autoritas y jurisdiccio* romanos respecto de pueblos sometidos.

Y ¿será equivalente lo expresado a los principios y esfuerzos de la práctica del Derecho Civil Internacional de las costumbres modernas? Hacemos abstracción del propio significado de lo civil en Roma, y queremos equipararlo —de acuerdo con las ideas aceptadas hoy día— al derecho privado; y entonces mismo, nos vemos en la precisión de afirmar que no. —Por de pronto, hay dos grandes capítulos de nuestra ciencia no comprendidos en rigor en el *jus gentium*: la concurrencia y conflicto de leyes que puede imponer la elección de un derecho extranjero, siquiera se conciba, como nosotros lo hacemos, sin participante alguno del respeto y acatamiento ofrecido a la soberanía de otro Estado; y las materias comprendidas en el reconocimiento de los derechos adquiridos en otro país, sino en cantidad mínima y con modificada calidad. Si la concurrencia de leyes está reglamentada en alguna forma dentro de la legislación que estudiamos, pienso yo, es como fundamento de política o en presencia de necesidades públicas de equilibrio de atribuciones. Dueños los municipios —cito un caso— de cobrar impuestos y revestidos de posibilidades reglamentarias generales, hallábanse con frecuencia en choques y dificultades con las atribuciones de igual clase,

reservadas para el poder central; en circunstancias de ese género la regla era precisa: la ley municipal debía retroceder ante la propia de la República (Consúltese, Mommsen "Historia de Roma"). Y quizá hayamos descubierto ahí el precepto superior de la idea de los post-glosadores cuando prescribían la prevalencia en forma peculiar de la ley común —latino o lombarda— sobre los estatutos particulares; como tendremos ocasión de referirlo más tarde.—Y en cuanto a la inadmisibilidad de los derechos adquiridos en ageno país, el olvido o indiferencia jurídica era natural, dado el profundo sentimiento egoísta de los pueblos antiguos. Pero, me parece vislumbrar en esta patria del derecho, la antiquísima procedencia de la vaga noción de autores muy cercanos a nosotros, de un derecho natural de contenidos universales. No es el propio reglamento jurídico ni la personalidad en derecho, sino calidades de moralidad y hechos ocurridos con consecuencias de justicia. El hijo de un extranjero no se halla bajo la patria potestad por no haber nacido de justas nupcias, o sea de una calidad legítima, sin embargo el hecho es verdadero y debe dar resultados. Hay reconocimiento de efectos sin propia admisión de calidades jurídicas adquiridas

Apenas hallamos en Ulpiano este dato sugestivo: los dedicatios, decían los jurisprudentes, no tienen ni pueden tener la facultad de testar, por cuanto, no siendo ciudadanos romanos están desposeídos además de cualquiera otra ciudadanía cierta, a cuyas reglas hubiera podido atenerse para ejercer la facultad. Pero en esto habría a lo sumo tolerancia de un ejercicio, si creemos que hay en el dicho de Ulpiano insinuación de potestad; y todavía, será preciso referirlo al interior del Estado romano y no a las pretensiones de las leyes bárbaras, para ser aplicadas.

Con crítica de mérito indiscutible, en fin, Savigny rechaza la interpretación del principio que mandaba en algunas ocasiones consultar las costumbres de los respectivos lugares para que se fijen ciertos determinantes jurídicos; como asunto propio del Derecho Civil Internacional aceptado por los romanos. Se trataba de leyes interpretativas del querer y extensión dados por las partes a sus convenios, pero que no constan del contrato; y ellas son las referencias ordinarias de la consulta a las costumbres. Si se manda, supongamos, que las prácticas de cada lugar indiquen cuales son llamadas reparaciones locativas de cuenta del arrendatario. Con toda evidencia esto no presupone sino poblaciones o grupos humanos distintos, aún cuando sometidos a reglas jurídicas únicas.

Antes de abandonar, por hoy, a Savigny, recordemos dos deducciones capitales que ha obtenido de sus estudios romanos: *a*) Celebrado un contrato entre personas de distintos Estados, afirma, no podía imponerse la ley positiva perteneciente a uno de ellos, y debía acudirse al *jus gentium*. El *jus gentium* no combinaba, pues, ni siquiera en el criterio del autor alemán, derechos extraños; y, *b*) "El derecho de ciudad en una determinada población, regula para cada individuo el derecho a que se encuentra personalmente sometido y según el cual debe ser juzgado," (1).

11. — Creo haber señalado en forma suficiente, como aquel derecho de naturaleza común para los pueblos, reconocido por los pretores y jurisconsultos latinos; no tiene en aplicabilidad ni en extensión las calidades que atribuimos hoy al Civil Internacional. Mas, me parece contenida en las reflexiones precedentes todavía, la insuficiencia de los datos recogidos en la antigua jurisprudencia y legislación, a propósito de la manera de terciar e impedir choques entre leyes distintas. No sólo se trataba de poderes superpuestos y no independientes, sino que el verdadero significado del intervenir del elemento común junto a la práctica nacional en aquellas costumbres, no hizo sino representar el avance absorbente romano y pérdidas de equivalencia en la autonomía de las ciudades sometidas. Demostrados están mis últimos supuestos con el abandono del derecho especial del matrimonio latino, desde el momento que las ciudades de Etruria adquieren la ciudadanía romana, según nos lo refiere Aulio Gelio.

Pero, luego de las indispensables rectificaciones que nos hemos sentido obligados a hacer, preséntase como sugerencia muy digna de interesarnos, la siguiente: los términos cuyo empleo hemos transcrito para definir el *jus gentium* según el espíritu del pueblo que lo empleaba, concuerdan de una manera estricta y visible con el motivo y razón de ser del Derecho Civil Internacional, según las notas de comunidad de cultura discernidas en el capítulo anterior; pues ambos nos hablan de la igualdad de costumbres jurídicas, conquistadas y vividas por la mayor parte de los pueblos.

12. — Los aspectos impresionantes de modo particular para los antiguos tratadistas de nuestra ciencia, fueron los relaciona-

(1) M. F. U. de Savigny "Sistema del Derecho Romano Actual", t. VI en la traducción castellana de Jacinto Mesías y Manuel Poley.

dos con los diversos estatutos, con el límite de aplicación de ellos en virtud de la fuerza de otros estatutos o a causa de los imperativos de la ley común, y los propios de la diferente forma de clasificar las reglas contenidas en equivalentes preceptos jurídicos.

A los post-glosadores primero y luego a los estatutarios, cada patria se presentaba como un florecimiento inmenso de costumbres y reglas de derecho. Toda ciudad en país de los franceses, toda villa de los reyes Católicos de España y, con mayor razón, una distinta de otra las Repúblicas italianas habían fundamentado su particular derecho consuetudinario. Las *costumes* del sur y del norte de Francia, mantienen la preferencia del doble contingente, latino y bárbaro, expresándonos las cantidades respectivas de su influencia en las provincias del reino; y se arraigan de tal modo esas divergencias en la vida del pueblo, que el supremo Código de Napoleón, unificador por excelencia, tiene que tolerar y acogerlos más tarde, combinando a veces los preceptos distintos: así se procedió en la materia del régimen de los bienes para el matrimonio, permitiendo subsistir junto a la comunidad germana del patrimonio la práctica dotal de los romanos. Los fueros municipales españoles —políticos y civiles— son la bandera de las rebeldías contra los propósitos centralistas de ciertos Monarcas. Y en la Italia, heredera directa de los romanos: el estatuto, regla y precepto municipal, es producto peculiar ciudadano, que ramifica la corriente del derecho con las sugerencias peculiares a cada pequeña República, frente a la vigorosa permanencia del derecho latino y al contingente lombardo.

Mas, la plenitud conceptual jurídica no pasa de ahí, ni se vislumbran siquiera los peligros internacionales de leyes distintas. Fueron suficientes las cuestiones de variedad entre los principios promulgados o practicados en la Bretaña, en la ciudad de París o en la Provenza, para que se agitaran los problemas con vivísimo interés. Pues, sobre todo, tomó fuerte relieve en el espíritu de aquellos jurisconsultos, lo contradictorio e irrazonable de aplicar a una misma persona reglas distintas sobre estado y capacidad, por el mero hecho de traspasar una frontera provincial; y sin embargo, ese era el resultado estricto de los principios del feudalismo, mantenedor de la agreste e incontrastable supremacía del soberano territorial. Un provenzal venido a París, supongamos, sí en la Provenza llegó a la mayor edad a los veintiún años, pero el estatuto de París le exigía veintitrés, cambiaba su calidad y se constituía menor con todas las incapacidades inherentes a esa calidad. El argumento de los estatutarios fue muy obvio —y, hasta en el sentir de sus contradictores más fuertes, su úni

ca base de aspecto jurídico— para oponerse a ello: si nada en el sujeto cambia, ni en su parte material ni en sus atributos morales por el hecho de franquear el límite de un territorio, ¿será posible que únicamente su calidad jurídica se modifique? Naturalmente, no. Las calidades individuales del derecho siguen a la persona como la sombra al cuerpo; mientras hay estatutos reales que a las cosas se refieren en verdad, y a ellas se incorporan debiendo ser territoriales por tanto. Este es el sitio dispuesto por los romanistas contra la vanidosa soberbia del señor de horca y cuchilla, encastillado en la omnipotencia de sus preceptos, y contra las inconveniencias de los egoísmos ciudadanos.

El desarrollo y contenido de los sistemas estatutarios con sus vacíos, oposiciones y dudas, serán tratados en otro lugar; hoy sólo recojo estas consecuencias: el interés de los estatutarios fue la conciliación de las leyes distintas usadas en diversas provincias de un mismo país. De ahí que su examen primordial y quizá el único, fuera el modo de evitar el conflicto de leyes y prácticas perturbadoras de una vida razonable. Y bajo un nombre común uniéronse los dispersos elementos preceptuales; llamando estatuto en Italia tanto lo que era la propia regla municipal, como el derecho general nominado antes la ley. El papel del jurisconsulto se refería a conciliar estatutos, conciliando al mismo tiempo intereses.

ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

13.—Nos explica lo procedente el motivo generador del nombre estatutario de *Conflicto de Leyes*, aceptado en los tiempos modernos por Dicey, Story, Waechter, Schaffner y otros; o de colisión, que es el nombre adoptado por quienes no creen hallarse en todo caso ante un conflicto. El primer nombre, y acaso también el segundo, se hallan sujetos a los siguientes reparos. En primer lugar, han contemplado sólo un grupo de problemas entre los varios pertenecientes al Derecho Civil Internacional: nada sugieren del propio campo de las calidades jurídicas accesibles a los extranjeros ni sobre el respeto debido a los derechos adquiridos. Por otro lado, aún en las circunstancias que exigen participación de las leyes de diferentes Estados, puede no haber conflicto, por tratarse de diversos principios que concurren pero sin oponerse: cada uno tiene su papel propio y su momento oportuno de intervenir. Si ante un juez se presenta una demanda de nulidad de matrimonio de cónyuges extranjeros; la ley que señala su competencia para conocer del asunto y las que formulan el procedimiento; serán exclusivamente nacionales y no podrán hallarse en conflicto con las de otro

país. El juez, así investido de poder jurisdiccional y elegido por las partes, tendrá en seguida que averiguar la capacidad general de los esposos al tiempo de la unión: ya aplicando las reglas nacionales de cada uno de ellos o las del domicilio, según sea el principio aceptado por los Códigos del país en que se juzga; verá además si no tenían impedimentos para unirse los dos —capacidad especial— matrimonio incestuoso según la ley de la celebración &, &. Así, no siempre la concurrencia dice exclusión.

14.—Sean cuales fueren los méritos innovadores de Savigny en numerosas y capitales materias; su inmensa cultura romana y sus profundas meditaciones sobre los datos aportados por los post-glosadores y estatutarios, forman el contingente medular de su sistema sobre la ciencia denominada por él, de “Los límites locales de la aplicación del derecho.”

Toda ley tiene su comienzo y tiene su fin, se medita: comienza cuando se la promulga, pero acaba en su vigencia por dos modos: o a causa de una nueva ley derogatoria de la primera o en razón de terminarse los límites jurisdiccionales de la soberanía de la cual procede. Preséntase la primera circunstancia como el efecto interno de la exclusiva voluntad del legislador: una regla encuentra inconveniente, una ley inaplicable a las circunstancias actuales, un principio contrario a las maneras de ser las relaciones entre los hombres; y, derógase una ley, sustitúyese un precepto, o se da fin y término al antiguo principio reconocido. Desde entonces la conducta del hombre tendrá un nuevo reglamento dentro del mismo país en el cual vivió distinta práctica. O, con términos de Savigny, se ha creado un nuevo derecho objetivo. Pero si bien la soberanía es autoridad legislativa territorial, y si se legisla y se ejerce jurisdicción sólo dentro de los límites del propio suelo; fuera, el legislador extraño ha tenido buen cuidado de ejercer sus propios atributos de soberano. Y, distintos preceptos regulan la vida de los individuos dentro de cada territorio, porque, como afirma el sabio romanista, los distintos pueblos se han dado leyes como productos *en parte de las ideas generales y en parte de ciertas fuerzas especiales*. De tal falta de unidad, continúa el autor, la necesidad y la importancia de determinar su respectivo imperio, que aparece suscitando reglas de colisión en virtud de la diferencia nacida *por parte de la relación de derecho* “cuando permaneciendo la misma regla, se modifican las condiciones de hecho de la relación jurídica.” Las sugerencias romanas son muy visibles hasta cuando habla de la

forma de constituirse los derechos peculiares de los pueblos. Mientras el sentido feudal le hace exclamar: "En virtud del derecho riguroso de soberanía, podría mandarse evidentemente a los jueces de un país que aplicasen exclusivamente su derecho nacional, sin consideración a las disposiciones contrarias de un derecho extranjero con el dominio del cual pudiera encontrarse en contacto la relación de derechos litigiosos" Y es conquista indudable de su penetrante espíritu jurídico, el sobrepasar la pura política de reciprocidad que descubre entre los Estados, y aspirar a un régimen de justicia que habrá de esclarecerse, por fuerza de una comunidad de derecho hacia la cual marcha el mundo.

Lo indicado revela excesos de contenido del nombre. *Límites locales de la aplicación del derecho*, respecto del verdadero pensamiento del escritor alemán aspirante a una especie de *jus gentium* donde se englobe la integridad de los preceptos jurídicos, gracias a la marcha unificadora de la justicia. Y por otra parte, quizá en este mismo instante de la vida y por propio reconocimiento de Savigny, en vez de tratarse de los límites locales nos esforzamos en extender ciertos preceptos como dotaciones personales, a los más alejados países del Globo; no limitando en su eficacia al territorio, en tal virtud, sino procurándolos ilimitados.

Respecto a las opiniones de Savigny, tendremos ocasión de tratar más tarde con alguna extensión y con la necesaria crítica, y sólo insistimos por el momento en lo inadecuado e inconveniente del nombre sugerido para designar nuestra ciencia.

15.—En presencia de los varios peligros conceptuales que pudiera surgir de lo inadecuado del nombre preferido, y suponiendo que es fórmula lo bastante expresiva, Fiore ha preferido designar nuestra ciencia como, *Teoría de la autoridad extraterritorial de las leyes*.

No solo concurre a que lo rechazemos, los abusos teóricos de contenido que el ilustre internacionalista nos demuestra al criticar los otros nombres empleados para designarla, a la manera según la cual nos habla de la necesidad de rechazar la expresión Internacional Privado, por no comprenderse en lo Privado la gran rama de lo penal, productora también de litigios de orden interno; sino que además desconoce campos dentro de los cuales la ingerencia de nuestra disciplina científica es indudable.

Los derechos, liberalmente o de modo restringido concedidos por cada legislador a los súbditos extranjeros, son, sin duda alguna, efectos y aplicaciones de leyes y preceptos del país, allí recibidos y practicados, sin resonancia directa fuera del territorio.

Si un Estado como la Rusia nueva promete a todo trabajador manual o intelectual que no explota a otro hombre, identidad jurídica y política con los naturales del país ¿está aplicando una ley extraterritorial? Cuando el legislador colombiano prohíbe al no nacional el figurar como director de periódicos de orientación política, mermando así para ellos la libertad de prensa ¿da eficacia a alguna ley exterior?—Por lo dicho, se anota como caracteres de la fórmula propuesta, excesos en un sentido e insuficiencias en otro.

Excesiva es, sin duda alguna, cuando trata de incorporar las prácticas penales internacionales en su contenido; pues, ya hemos visto la manera según la cual la teoría y la práctica se han confundido, para hacer del juzgamiento y sanción del delito obra territorial estricta, en el lugar donde el hipotético trastorno del orden se dejó sentir. Y si bien ciertos crímenes internacionales se han reconocido, fueron ellos inscritos entre los problemas propios del Público exterior: ya se trate del aseguramiento de las comunicaciones, como el resguardo de los cables submarinos y el perseguimiento de la piratería, o se refiera a salvaguardar el honor del Estado & &. Los nuevos propósitos de la teoría —por otra parte— tendientes a una *defensa social universal*, sin prácticas efectivas hasta este momento, llegarán a ser, al constituirse, una rama nueva con propio título entre las ciencias del derecho.

En fin, dije que es insuficiente: ya, como indiqué, por cuanto no comprende a los derechos atribuidos a los extranjeros, y porque además, en estricto sentido, no puede inscribirse bajo ese título el respeto debido a los derechos adquiridos.

16.—Y ¿cómo podremos calificar a la idea de Dicey de nombrarla: *Reconocimiento extraterritorial de los derechos?* Se trata verdaderamente de un nombre de imprecisión absoluta y muy elástico en sus signos mentales de contenido. ¿No es reconocimiento extraterritorial de los derechos del Estado el Público externo? y en otro sentido meditativo ¿se va a reconocer las calidades jurídicas fijadas ya, *los derechos adquiridos*, las posibilidades en aptitudes adquisitivas? Y refiriéndonos al grupo de estas últimas cuestiones: si se trata de los puros derechos adquiridos; restringese de manera bien lamentable el campo de la ciencia y los capítulos primordiales de ella desaparecen, para convertirla en una especie de benevolencia humanitaria aceptadora del suceso en sí: conserva el sujeto la calidad adquirida pero nada volverá a adquirir. Y si las calidades de aptitud con sus peculiaridades personales se quiso significar, no se llegó a cumplir el propósito por la vaguedad empleada; aunque entrañaría sí la po

sibilidad de englobar cualquier contenido.—De todas maneras no vacilamos en rechazar el nombre.

17.—Me han parecido preferibles, como uso de términos convenientes, los aceptados por Laurent: *Derecho Civil Internacional*. No está comprendida en esta elección, lo declaro, las ideas y el sistema seguidos por el notable jurisconsulto en la materia. Nada más alejado del punto de vista nuestro. Mi preferencia se funda en las razones siguientes.

El término, civil, puede traducirse sin violencia, y son sus substitutivos naturales en los tiempos modernos, aquellos de: privado, particular, individual; y así, si decimos *derecho civil*, estamos calificando la clase de relaciones que rije: son las propias de los particulares. Pero estas reglas y relaciones no se circunscriben al territorio de un país, sino que se dilatan y extienden por la faz del mundo; de ahí el otro calificante, el de internacional. Traspasa los límites de los Estados, triunfa de los egoísmos legislativos de los pueblos y le hace al hombre, en algún sentido, ciudadano de la tierra: a lo menos en cuantos sus primordiales derechos serán respetados donde quiera y serán fuentes inequívocas de beneficio.

Pudiera ser equivalente, y en algún sentido más estricto, decir Derecho Privado Internacional. Pero acaso apareciera entonces como un puro juego de palabras, para quienes no se detengan a meditar bastante sobre que, hablando de Derecho Internacional nos referimos a reglas entre Estados; y al agregar el término privado, elegimos entre las varias relaciones de pueblos algunas de entre ellas para dar materia a la presente ciencia. ¿Cuales son las elegidas? Las privadas. En ese caso ¿no estaremos más próximos a la verdad reservando tal nombre, según lo ha pedido Cimballi, para ese género de asuntos en los cuales el Estado procede como procedería un particular: compra inmuebles, adquiere minas, explota una industria o ejerce el comercio? No creo criticable el modo de ver de Cimballi; antes me parece resolvería gran número de dificultades.

Un autor argentino, el profesor Zevallos, emplea las expresiones *Derecho Privado Humano*. Pero tiene el peligro de inducir al supuesto de un derecho natural, importante dentro del aspecto especulativo, y vago, insuficiente e ineficaz en la práctica. Nos convertiría esa posición en teorizantes de una justicia abstracta y no en rigurosos juristas de una parte de la vida humana que trata de alcanzar sus efectivas reglas.

## CAPITULO CUARTO

Las relaciones entre el Derecho Internacional Público y el Privado toman en el criterio de los autores, los significados por nosotros así descritos: *a)* o se le inscribe al Privado como un capítulo del Público —de interés idéntico a cualquier otro de esta ciencia para algunos, para otros de valor excepcional—; *b)* o se dice de las dos ramas jurídicas pertenecientes a un tronco común; o en fin, *c)* se las presenta como ciencias distintas con propio título.

Las orientaciones diversas de la teoría revélanse en las formas peculiares para cada una de definir la ciencia, y esas definiciones varias las agrupamos de la siguiente manera: *a)* aquellas que encuentran la base fundamental de sus principios en la idea de soberanía; *b)* las formuladas por quienes descubren como el motivo central y quizá el único de nuestros estudios, la realidad de los conflictos entre varias leyes concurrentes; y, *c)* hay algunos tratadistas que la comprenden como una parte del derecho interno de cada país.

La definición de Pillet

DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Nuestro criterio sobre la necesidad de definir.

18.—El examen de las modalidades conceptuales, originarias de ese afán de descubrir un nombre nuevo para la ciencia, que hemos descrito con brevedad en las páginas del precedente capítulo; nos da la sugerencia de que tales cuestiones se relacionan de manera bien íntima, con el problema frecuentemente suscitado, de las relaciones y diferencias, de las conexiones y separamientos entre el Derecho Internacional Público y el Civil Internacional. Materia llena de perplejidades para los autores y fecunda en orientamientos diversos, de consecuencias perturbadoras para la claridad del conocimiento.

En una síntesis, bastante incompleta de seguro, pero capaz de hacernos entrever los supuestos varios de las tendencias doctrinarias y clasificativas en lo tocante al insinuado problema, nos atrevemos a señalar estos grupos de posiciones: *a)* la de aquellos que consideran el Internacional Privado como una parte o capítulo del Público; *b)* las de quienes los separan en dos ramas nutridas de la misma sabia; y, *c)* hay otros que los comprenden

con el significado de dos ciencias distintas de propósitos diferentes.—Pero, en casi todas partes, con excepciones muy raras, los supuestos de la soberanía inquietan a los autores, desnaturalizando con frecuencia las propias ideas directrices.

19 —Colocamos en el primer grupo:

1 —Aquellos expositores que dando al Derecho Civil Internacional el valor de un puro incidente, entre los varios asuntos que al Estado dicen referencia en su vida de orden exterior; esbosan reglas peculiares de conducta para el poder público que debe aceptarlas y mantenerlas. Es un campo de actividad estatal con el mismo título que lo es el de la administración internacional y con idéntica eficacia y motivo que las exigencias del comercio, las uniones de servicios conjuntos o el ensayo de las represalias; esto es, proteger los intereses comunes del país o países representados.

En Martens pónese en absoluto relieve esta manera secundaria y dependiente de los problemas de nuestra ciencia, cuando nos habla de ellos inscribiéndolos bajo el título "De la administración internacional en materia de Derecho Civil y de Derecho Criminal." Y si bien, muchas de las ideas del autor ruso son de inequívoco valor y mantienen eficacia bastante para posteriores desarrollos de largo alcance, es fácil apreciar de otro lado lo contradictorio de ellas con algunos de los fundamentos básicos del propio sistema. La parte especial de su obra comienza por un análisis detenido, y sin embargo insuficiente, del significado de la actividad administrativa en la esfera internacional; que nos la presenta como un funcionamiento extraterritorial del poder del Estado para cumplir los fines de su existencia. Procede de lo ilimitado de los servicios debidos por el Poder Público y los límites restringidos del territorio en el cual ejerce su soberanía: como para el mantenimiento de la integridad social se organiza y defiende, para proteger los intereses individuales reclama, exige y amenaza. ¿Podrá incorporarse, en tal caso, en sus supuestos la posibilidad y la exigencia de elección encomendando a un juez entre distintas leyes propias y extranjeras para un asunto sometido a su juzgamiento? ¿procede del mandato extranjero su obediencia? Y si suponemos que ha elegido la ley extraña, ¿hace el funcionario las veces de agente del Estado cuya ley aplica? Sin lugar a duda, no. Y, tiene tal poder convincente esta evidencia, que el mismo Martens se ve obligado a reconocer como al aplicar la regla jurídica adecuada, eligiendo incluso entre leyes extranjeras, es el Derecho Internacional Pri-

vado una parte orgánica del Derecho Civil de cada país. (1) Mas, si son los únicos justificantes de esa potestad judicial de elección los principios administrativos internacionales sustentados en la comunidad existente entre los pueblos cultos ¿como imaginar internas calidades —del derecho civil— para aquello que es puro cumplimiento exterior de la actividad pública? Es de esencia del Derecho Civil el ser privado, de interés particular de ordinario, aún cuando no excluya las consecuencias sociales; lo público es en general límite de las libertades ordenadas y reglamentadas por la ley de orden privado. En tanto que “el Derecho administrativo internacional *sólo puede aplicarse a los Estados*. Los particulares y los grupos sociales participan de la vida internacional, pero, según hemos dicho más de una vez, sus relaciones sólo se mantienen bajo la inspección, protección y responsabilidad de los Estados.” (2) He ahí desvanecida toda posibilidad de incluir en el derecho civil la administración internacional de los intereses civiles; mientras se pudiera incluir en ella, con título suficiente, el amparo y auxilio de los gobiernos a sus nacionales en patria extranjera: auxilios de beneficencia —asistencia pública exterior— repatriamiento, medios de alimentación y otros proporcionados por el Agente diplomático o consular; auxilio de consejo, ayuda de los cónsules al comercio; gestiones diplomáticas para impetrar justicia para los súbditos del país en el exterior y otras actividades del mismo orden que dicen relación al servicio público ampliado y extraterritorial. No es el Privado, por tanto, el que debe considerar estos asuntos, sino el Público; no cabría permitirse que el juez de distinto país venga a ejercer jurisdicción en el nuestro; lo cual sin embargo fuera lógicamente admisible, de aceptarse el criterio de Martens. Y si bien alguna vez a estos extremos se ha llegado, el problema de su legitimidad o abuso fué siempre comprendido en el Derecho Internacional Público.

II. — La posición de otros investigadores, sin mermar en nada la importancia y el vigor fundamental de la disciplina científica quiere darle bases de sustentación y pretende dotarle de valor jurídico eficiente, buscando el motivo ideal de su permanencia en el Derecho Internacional Público. Sólo el Derecho de gentes, nos dice M. Pillet, es capaz de prestarle apoyo suficiente y convertirla en realidad. Como para Martens, la

[1] F. de Martens “Tratado de Derecho Internacional” t. II pág. 282.

[2] id. pág. 10.

relación es de Estado a Estado, y el individuo y sus derechos son únicamente los motivos que la determinan. (1)

Es que el modernísimo e ilustre autor francés, no obstante sus capitales innovaciones, conserva y defiende el prestigioso traicionero del principio de la soberanía; fundamentando el inicial programa de la materia estudiada en el *máximo respeto a la soberanía de los distintos pueblos unidos en el asociamiento de las naciones*. Me abstengo en este momento de hacer la crítica necesaria a ese máximo de respeto a la soberanía con los desenvolvimientos del mayor derecho prevalente, del autor, que supone una mecánica de fuerzas o desigualdad de pesos, para señalar la preferente exigencia. No quiero tocar tampoco el problema político de arrastre de la ineficacia del Público al Privado; y pienso sólo en el estricto papel y motivo propio de existencia del Civil Intermacional.

El objeto es garantizar al individuo en su existencia, en sus atributos humanos, en la práctica de su actividad —si a una regla legítima se ha sometido— y estas garantías, sea cual fuere su origen, el lugar de práctica de sus actos o donde se hallen situados los bienes adquiridos o contratados. En teoría general, al hombre sometido a este derecho puede decirse sin patria; en la práctica: puede tener una patria extranjera o varias nacionalidades, ser hijo de un pueblo culto o pertenecer a un Estado bárbaro o salvaje, amigo o enemigo. Sin embargo, en el país donde se halle habrá de encontrar un elemento común, una misma atmósfera protectora. Y ¿podrá haber respeto que insinúe preferencias entre dos enemigos o en un país de cultura avanzada respecto del salvaje? Las garantías del derecho, modificadas por las circunstancias personales, se aplica al sujeto por ser hombre, persona, y no por ser súbdito de tal o cual país. Las modalidades peculiares de la regla aplicable, de donde nace la posibilidad de preferencia del derecho extranjero, son obra de justicia en vista de las circunstancias anteriores del individuo sometido a ella.

La fuerza y eficacia están en el Estado cumplidor del derecho: aquel que acepta y reconoce la calidad jurídica del extranjero, que en ciertos términos encuentra justos: las condiciones, los requisitos y los derechos atribuidos a los hombres de otro país por las leyes de su patria. Bien, como un mismo precepto legislativo puede tolerar prácticas diversas en varias localidades.

[1] Pillet. "Principios de Derecho Internacional Privado", t. I.

consagrando las costumbres del lugar. La eficacia por cuanto se ha dicho, nace del reconocimiento y apropiación del precepto extraño por país distinto, por más que tal reconocimiento, en perfecta vida jurídica, no pueda ser en lo absoluto voluntaria, o mejor, sometido al puro arbitrio del legislador extranjero. Se reconoce en la teoría, y, en la práctica se consagra como carácter del reglamento o ley procedente del Estado, el de no ser su pura creación sino reconocimiento de una justicia social superior y precedente: el mínimo de moralidad indispensable, dadas las costumbres, para la convivencia social. Eso como límite de libertad, presentándose además el aspecto interpretativo de las voluntades en cuanto podían ellas disponer, que hace de la práctica querida o supuesta título suficiente.

La lógica de su sistema ha conducido a M. Pillet a admitir en calidad de legítima, aquella extorsión de los pueblos fuertes de Europa sobre los débiles Estados asiáticos, a pretexto de no participar de la misma cultura y no tener prácticas semejantes. Me refiero a la ficción de la extraterritorialidad ilimitada, por cuya virtud los extranjeros habitantes de uno de los Estados sometidos a tal régimen, no se hallan bajo la ley ni sujetos a los magistrados del lugar, sino que los ampara fueros especiales con jueces del propio país. No es necesario largo análisis para comprender que el asunto es relativo al Derecho Público —interno y Exterior— del país. ¿Puede sin atacarse la autonomía e independencia de una nación, organizarse dentro de ella, sin su consentimiento, una suerte de Tribunales y una manera de instituciones que no los sienta como necesarios quien los sufre? Y en otro plano ¿cabe la condescendencia del pueblo a este respecto según sucede en las regiones sujetas a un arrendamiento internacional? En lo relativo al primer interrogante, el rechazo es necesario e inmediato. La exigencia primaria para poderse hablar de libertad e independencia de los Estados, es su perfecto poder de constituir en la forma que a bien tenga los órganos de su funcionamiento interno. Y en cuanto al segundo interrogante, el asunto requiere minucioso análisis y múltiples consideraciones, extraños en este momento a nuestro estudio.

III. — Según he podido expresarme antes, las exigencias en ciertos criterios de hacer intervenir a todo trance a soberanías de países distintos, cuantas veces el calificativo de una ciencia habla de internacional; ha desorientado a determinadas opiniones, muy vigorosas en otros aspectos, cuando se trató de situar en su propia esfera al Derecho Civil Internacional.

El magnífico investigador de la materia, Manuel Torres Campos, comienza por afirmar que: de idéntica manera como el derecho interno de cada pueblo contiene diferencias y separamientos entre el Público y el Privado, en razón del sujeto al cual se aplica; también las circunstancias internacionales imponen formas y contenidos jurídicos diversos, por ser el Estado o el particular el sujeto regido por ellos. Y así: "El Derecho Internacional Privado, regla las relaciones entre los individuos de un Estado con los de otros o con los Estados extranjeros. El Derecho Internacional Público regula las relaciones de los Estados unos con otros *considerados como personas independientes*" Mas, a ese separamiento prestigiado por la lógica de las circunstancias constitutivas, se agrega de improviso el inoportuno recuerdo de las calidades soberanas para desvirtuarlo; y entonces nos afirma: "El punto de partida de la sociedad o comunidad internacional se encuentra en la soberanía de los Estados, considerados miembros de ella, y esta soberanía, sin la cual no podría haber personalidades en contacto, no sólo es la base del Derecho Internacional Público sino también del Privado. Tal es la razón por la cual ambos Derechos dan lugar a una sola ciencia, dividida por lo que toca a la esfera de acción a que cada una de sus partes especialmente se extiende." (1)

Tanto valdría decir que la independencia legislativa de los pueblos cuya importancia es de permitirlos organizar la vida constitucional de los Estados y dirigir su política de modo autónomo, a tiempo de atribuirles poderes que los habilite para promulgar Códigos Civiles y en general el derecho privado íntegro; ha hecho de uno y otro ramo de actividad jurídica el objeto indiscutible de una ciencia única: aquella de la libertad o independencia para reglamentar la vida del país.

Conocidas son las tendencias de hoy encaminadas a unificar el derecho interno: criticando la fórmula romana diferencial entre el Público y el Privado o procurando sugerir identidades en las maneras de reglamento de lo criminal y lo civil; pero ni aún estas avanzadas teóricas se fundan en un contacto tan externo y superficial como del poder de donde emanan. (2) Los motivos son más íntimos; se nos presentan como pertenencias lógicas de

(1) Manuel Torres Campos "Elementos de Derecho Internacional Privado."

(2) Véase el magnífico trabajo del Profesor Saldaña puesto al frente de la traducción castellana de la obra de M. Levy-Ullmann "La Definición del Derecho".

la actividad reglada por los preceptos de distinto género. Y sin embargo, la práctica está muy lejos de permitir tales competenciamientos, no justificados, por otra parte, de modo suficiente.

3. — Pertenecen al grupo segundo señalado, quienes como Despagnet se fijan en la naturaleza del interés protegido para calificar la respectiva ciencia. Afirman que al tratarse de asuntos de pertenencia exclusiva de los Estados, nos hallamos ante el Internacional Público, mientras los puros intereses particulares nos ponen en presencia del Derecho Privado. Hay, no obstante, en uno y otro caso una circunstancia calificativa de lo internacional, la manera de las relaciones o los sujetos que liga y pone en contacto, los cuales siendo en todo caso Estados, llevan como afán permanente proteger sus soberanías contra los límites exigidos por la comunidad.

Despagnet nos habla ante todo del doble sentido que los romanos daban al término *jus gentium*; ya como derecho aplicable también a los extranjeros, ya para significar ciertas reglas de uso entre los Estados. Lo referente a los tratados, a las maneras de practicar la guerra, a la diplomacia, entre otros asuntos. Pero, continúa, esos significados romanos no son admisibles hoy: pues las disposiciones legislativas aplicables a los extranjeros y los derechos accesibles a ellos, corresponde regir al derecho interno de cada país. Sin duda alguna se ha extralimitado el autor en sus afirmaciones. Capítulo de suma importancia es, como lo hace muy bien notar M. Pillet, aquel de determinar el derecho prohibido u otorgado al extraño, junto con los deberes y derechos de cada Estado en este campo legible. No es la pura generosidad de un legislador la que atribuye, ni puede sin injusticia negar porque quiera; debe tener reglas de razón y principios fijos, que los determina la ciencia del Derecho Civil Internacional. — Llama a las dos ciencias ramas de un mismo tronco, especies de un mismo género.

Paréceme que nada puede dar impresión más reveladora de los peligros contenidos en la indicada forma conceptiva, que el transcribir las frases empleadas por el insigne internacionalista M. Weis sobre el asunto: "A veces el conflicto *nace con motivo de un interés general*. Se trata entonces de un problema de derecho público, *de una cuestión de soberanía*, de límites territoriales, de paz, de guerra, de representación diplomática. En este conflicto entran en juego los intereses del Estado *considera-*

(1) Despagnet "Principios de Derecho Internacional Privado".

do como potencia, como persona internacional y se obra en su propio nombre.— Otras veces al contrario el conflicto aparece en el terreno de los intereses privados.... En estos ejemplos el Estado no interviene en la solución de los litigios sino como guardián de los intereses privados de sus nacionales. Como en la hipótesis precedente están frente a frente dos soberanías: hay un conflicto internacional (se refiere a ejemplos en los cuales el interés privado se trata de proteger). Solamente difieren los intereses comprometidos y a esta diferencia corresponde una distinción entre dos ramas importantes del derecho internacional: el Derecho Público y el Derecho Privado." (1)

Ante todo, la diferencia entre los intereses protegidos no me parece que pueda servir de característica tan exacta que se pare con precisión dos campos, ni siempre es fácil encontrar el exclusivismo de una necesidad en una materia cualquiera ¿cómo hallarlo en efecto en los diferentes preceptos, mandatos y arreglos de la vida jurídica si en ella se mezclan y entrecruzan de mil modos los elementos privados y públicos en concurrencia, donde el grado y calidad de las necesidades que le han dado efectividad? ¿lo público o lo privado es lo prevalente al referirnos a las posibilidades o no del divorcio, a la investigación de la paternidad o cuando se castiga el adulterio?

Cuando se limita los derechos exclusivos del dominio, cuando se señala la forma de un expropiamiento y el cuanto y el cómo de la respectiva remuneración ¿no se entrecruzan y superponen, no se limitan, arreglan y acomodan las necesidades y exigencias públicas y privadas, superándose en ciertos aspectos las unas y cediendo ante las otras? Quizá en toda circunstancia pueda demostrarse el valor relativo de cada interés, pero constantemente hallaremos las concurrencias de los dos elementos en los más distintos negocios y preceptos jurídicos.

Y además, si Weis repite con las comunes enseñanzas científicas, que cuanto a la soberanía de los Estados se refiere, es por tal circunstancia dominio y pertenencia del Derecho Público; si califica a las relaciones de paz, de guerra — en común — a cuanto es asunto de interés general, como los reclamados por el Estado en su calidad de persona internacional, como potencia que obra a su propio nombre ¿según qué manera entonces, por cuál impulso se interesa la soberanía en problemas de orden

(1) Andrés Weis "Manual de Derecho Internacional Privado", tomo I de la traducción castellana de Estanislao S. Zavallos, [quinta edición]

privado? y en la oponión del tratadista comentado, se halla más que interesada, incluída en esa clase de asuntos, dándolos su existencia y constituyendo su virtud, por tratarse de materias privadas con matices o aspectos extranacionales. Y ¿en razón de cuál calidad suya reclama y se ingiere un gobierno en esta clase de asuntos, si no es ya como representante de una personalidad internacional por ser tal título peculiar a las gestiones de los intereses públicos?

En realidad dos soberanías en concurrencia, en conflicto y hasta en lucha pueden presentarse con motivo de un reclamo de orden privado; en la práctica: o por un abuso de poder y mantenimiento de una superioridad de potencia, o dentro del estricto derecho. En el segundo caso, si el motivo aparente o inicial es de aspecto particular, pero en el fondo hay un menosprecio, desprestigio y daño a la persona social; supongamos la prohibición de entrar o la expulsión en común a los nacionales de un Estado, el perseguimiento de ellos, o los daños causados en tal calidad. Con un origen privado, en cada caso singular, el problema se ha convertido en ofensa pública.

21 — Cabe reunirlos en el tercer grupo a un gran número de autores de orientamientos bien diferentes sobre la materia:

I — Unos, los más antiguos, no siquiera pensaron en relacionar las dos ciencias; pues, entre los estatutarios el asunto presentábase singularmente como problemas regionales de costumbres y reglas jurídicas distintas, complicándose aún con la superposición, virtud y prestigio del llamado derecho común —el romano general, y el lombardo en Italia—. Quizá sólo en el siglo XVIII y por los notables análisis de los jurisconsultos franceses, se vislumbró la posibilidad de aproximamiento legislativos universales; por más que en la escuela de Bolonia fueron ya problemas interesantes aquellos de la fijeza del Estado y capacidad de los extranjeros de toda Europa, concurrentes a las enseñanzas de sus maestros; con todo, para aquellos antiguos escritores no pasaron de meros incidentes entre la importancia de las materias discutidas.

Mantienen perspectivas semejantes los autores modernos, que, defendiendo una soberanía de netos caracteres medioevales sólo piensan en la posibilidad de aplicar ley extranjera, cuando por propio querer o por benevolencia voluntaria el legislador dueño de decidirse sin trabas, consiente y manda. Principio de funestas consecuencias prácticas y de egoísmo reconcentrado e inaceptable en la teoría.

Savigny que siente el prestigio romano y una influencia penetrante de los estatutarios, comienza por declararnos en calidad de estricto principio la libertad plena de los países para aceptar o rechazar el derecho extranjero; pero venciendo toda lógica jurídica para fundar una lógica racional, encuentra en seguida motivos no sólo de conveniencia sino de justicia, para pensar en lo obligatorio en ciertos casos del derecho extraño. Savigny, como lo hará más tarde Lainé, espera una realidad floreciente de nuestro derecho, de una comunidad futura de los pueblos practicadores de los mismos principios jurídicos, que cambiarán en muy próximas las reglas aceptadas por los distintos países sobre las mismas materias. (1) Laghi nos hablará del respeto a la persona humana como la fórmula primordial; si bien, pronto se desnaturaliza su amplio criterio, con la restringida forma de concebir la entidad individual, calificando a la persona por la soberanía bajo cuyo sometimiento se encuentra. (2) En Savigny, en Lainé, en Laghi, en otros muchos criterios, la idea directriz y los principios preferidos son muy vagos y se nota un vacilar frecuente. Del escritor alemán ha dicho Pillet que no se comprende bien en qué consista la comunidad jurídica en la cual funda tantas esperanzas para el porvenir de nuestra ciencia. En realidad, si tenemos a la vista el principio jurídico estricto, ya recordado, sobre la supremacía y territorialidad de los poderes soberanos con su absolutismo para conceder o negar eficacia a la ley extranjera; debiéramos suponer que la naturaleza de la indicada comunidad, sería de leyes idénticas contratadas o admitidas, pero internas por su naturaleza de promulgación interior; o nacería de fórmulas de tratados internacionales comunes para un gran número de pueblos o para todos los civilizados. Pero si estudiamos con más detenimiento el espíritu informativo de las enseñanzas del gran romanista, veremos palpitar en el fondo de sus concepciones los acercamientos culturales de una civilización idéntica, según hemos podido traducir sus ideas pocas líneas antes. De todas maneras, hay perspectivas falsas en el autor y sugiere dudas continuas sobre el alcance de cuanto afirma.

II. — Podemos recordar aquí — no sin dudar en cuanto a la exactitud del lugar escogido — el criterio representado por Kahn y otros varios internacionalistas, sobre la posibilidad superna-

[1] Savigny "Sistema del Derecho Romano Actual" tomo VI.

[2] Pillet ob. cit.

cional de un derecho humano. Y tal idea sugiere el recuerdo del nombre ofrecido para designar la ciencia, por Estanislao Zavallos, el de Derecho Privado Humano. Mas en los autores parece relacionarse todo esto, como el símbolo de una especie de moralidad sentida y practicada por los pueblos, cuya proximidad al contenido del derecho natural lo vea cualquiera. Son principios de justicia o reglas filosóficas de conducta tan ineficaces en la vida como todo consejo o principio abstracto no condensado en una necesidad actual que la precise.

III.— Hay quien insinúa el problema con términos de política interna, buscando como base para su existencia el deber del Estado para consigo mismo, que le impone el reconocimiento de estados de derecho distintos de los reglados por su propia ley y por ella reconocidos. Pillet critica tales modos de concebir manifestando, como la inserción de una ley extranjera en nuestro propio derecho por hallarla buena, eficaz, o por pura moda legislativa, es de carácter en lo absoluto, distinto del aceptar internacional del derecho extraño en los casos reconocidos por la ciencia. Cabe que el derecho extraño aplicado a una calidad jurídica adquirida, sea rechazado por los sentimientos y prácticas del país, como la calidad legítima de los hijos nacidos de varios matrimonios actuales, en donde sea reconocida la poligamia. Sin embargo, en cualquier país de distinta cultura, esa legitimidad será inconvencional — A pesar de todo, quizá la crítica sea inadecuada o excesiva dentro de los supuestos de M. Aubry, pues acaso en los deberes del Estado para consigo mismo, deba descubrirse el carácter fundamental de proteger los derechos extranjeros de igual modo que los nacionales, con el límite y las modificaciones que exija la justicia. Criterio un tanto mejor expresado en aquellos autores que le asignan al Civil Internacional, una función interna nacional.

A la manera según la cual del Derecho Civil ha querido desprenderse, por las peculiaridades de los negocios contraídos o los intereses económicos que vincula, el derecho comercial, por ejemplo, y en los momentos actuales el derecho obrero; también el civil internacional, y con mayores títulos, debe desprenderse del interno para formar una categoría particular, debido a las modalidades jurídicas del elemento extranjero concurrente. No cabe dudarse eso sí que este límite de justicia cambiará la pura calidad interna en internacional, cuando no se reduzca a los meros intereses del sujeto, sino a los deberes de este con la propia patria o a los límites de ingerencia del extranjero en los asuntos de política interna.

Talvez completaría el cuadro de estos supuestos y le diera realidad delimitativa la idea de Gemma, quien no descubre otro contacto entre el Derecho Internacional Público y el Privado, sino el servir aquel de límite y resguardo contra las aplicaciones excesivas de las reglas de éste. Gemma adopta además, con Gabba, el principio de no haber en realidad conflicto entre leyes distintas sino entre personas sometidas a ellas; colocándose próximo en tal sentido a Jitta, que distingue y opone los dos derechos comparados por razón del sujeto al cual rigen (1).

IV.— Meile, en fin, ha creído poder señalar las relaciones, semejanzas y diferencias existentes, teniendo a la vista este supuesto: el Derecho Internacional Público y el Privado son dos ramas análogas y paralelas al Público y Privado Interno. Pero en vez de mantener firme la ecuación, parece más tarde como si quisiera englobar al Internacional Privado en el Privado Interno.

Afiliase a semejantes contenidos teóricos Foignet, cuando en su importante Manual describe la materia en la siguiente forma: "resulta que el Derecho Internacional', como el Derecho interno, comprenden dos ramas distintas: 1º el Derecho Internacional Público; 2º el Derecho Internacional Privado. — El Derecho Internacional Público es aquella rama del Derecho que determina las reglas que presiden las relaciones de los Estados, *los unos con los otros*, sea en tiempo de paz o en tiempo de guerra.— Se dice *público* porque tiene por sujetos a los Estados, *ellos mismos* (traducción literal que da gran fuerza al pensamiento) considerados como cuerpos políticos independientes y soberanos.

"El Derecho Internacional Privado, es aquella rama del Derecho que tiene por objeto reglar las relaciones jurídicas nacidas en el comercio internacional, entre simples particulares de diferentes Estados.— Se dice *privado* porque son sus sujetos los simples particulares y no los Estados mismos". (2)

V.— El significado de mis ideas es fácil colegir por cuanto he dicho hasta este momento.

Mantengo la ecuación de Meile: el Derecho Público Interno es al Derecho Internacional Público, como el Derecho Interno Privado al Civil Internacional. Su calidad de privado o civil lo obtiene la rama de nuestro estudio de la naturaleza de las rela-

(1) José Jitta "Método del Derecho Internacional Privado"

(2) René Foignet "Manuel Elementaire de Droit International Privé" (séptima edición)

ciones regidas por sus principios. Todo lo civil, en sus diversos campos, está allí comprendido, tomando, en verdad, matices singulares suyos por las circunstancias modificantes de la regla jurídica, impuesta en virtud de intervenir un elemento extranjero en el asunto.

Pero, el mismo espíritu de equidad que ha dado origen y a vivificado a esta rama de la jurisprudencia, rechaza su exclusiva fuerza de reglamento interno: no tiene en esta materia el legislador la misma amplitud decisoria propia de los problemas interiores y sus mandatos tienen consecuencias y resonancias externas: respetables donde quiera si a los principios de la ciencia se ha sujetado, desechados fuera, si los ha contrariado.

Si se quiere fijar la condición jurídica del extranjero, supon- gamos, y los atributos legales y capacidades aplicables a esas personas; no podrá descuidar de mirarlos siempre como miembros de otro Estado, sometidos en tal virtud a determinados deberes, incompatibles con ciertos atributos que pudiera otorgárselo en el país donde habitan. No es esto reconocimiento o respeto a otra soberanía, pues en tal caso desde el momento de romperse hostilidades, y antes, desde el instante de suspenderse las relaciones diplomáticas, debiera desaparecer cuanto represente respeto a la hostil soberanía pudiéndose reclutar soldados entre los nacionales del país beligerante o estatuyendo la prohibición de permitirlos marchar a incorporarse en las filas del enemigo. Con todo, nada de eso se hace. En otro campo, el goce de los derechos civiles o la exigencia ante los tribunales de la obligación contraída, sería preciso suspenderlos en sus beneficios para los de nacionalidad rival. Sin embargo, hoy se lucha con denuedo contra semejante injusticia.

22.— Completará el cuadro demostrativo de las diferencias atribuídas a la extensión del contenido y a la naturaleza conceptual de la materia; el análisis, y hasta la mera repetición de las definiciones incluídas en sus tratados, por casi todos los escritores de Derecho Civil Internacional. El número de fórmulas empleadas es demasiado inmenso para transcribirlas en su integridad. Más, he creído hallar un método por cuya virtud, simplificándose el procedimiento, nos permita indicar los propósitos generales de los autores colocándolos en ciertos conjuntos de grupos u órdenes principales. En ese sentido, propongo clasificar las definiciones de la siguiente manera: *a*) las de quienes introducen en ellas el aspecto o carácter delimitativo de las soberanías, atribuído al derecho estudiado; *b*) las de aquellos que hablan del conflicto de

leyes (para algunos concurrencia) como término propio para fijar el exclusivo objeto de la ciencia; y, c) las inspiradas en el criterio de que el Derecho Internacional Privado debe significar en la práctica una rama de la legislación interna.

23. — Al contemplar el primer grupo se nos impone de manera inmediata con su firme relieve la fórmula empleada por Lainé, la cual siendo la más sencilla en su especie, puede aceptar cuantas objeciones se haga a la respectiva tenencia. Dice así: "El Derecho Internacional Privado puede definirse, como el Derecho que regula las relaciones de los Estados con motivo del conflicto entre sus leyes." El más inmediato reparo se refiere a señalar que los términos empleados son de modo absoluto insuficientes aún para vislumbrar el pensamiento completo del autor, desde cuando su afán culminante ha sido descubrir profundas diferencias entre las calidades internacionales del Público y el Privado; (1) mientras su definición mantiene cuestiones administra-

(1) En calidad demostrativa de las dudas suscitadas por los contingentes teóricos de la idea de soberanía, hasta respecto de quienes su particular posición parecía defenderlos mejor, no encuentro nada más interesante que transcribir una página de la "Introducción al Derecho Internacional Privado" de M. Lainé. "Véase según esto cuán profunda diferencia separa las dos ramas del Derecho Internacional. El Derecho Público tiene por objeto los intereses generales de los pueblos; el Derecho Privado los intereses particulares de los individuos. El primero regula las relaciones directamente establecidas entre los Estados; el segundo las relaciones indirectas, nacidas a su vez del contacto de las legislaciones nacionales; se podría decir que aquel es verdaderamente el *jus inter gentes*, y que este es más bien el *jus inter gentium leges*. Finalmente, mientras el uno busca sus prescripciones fuera de las legislaciones nacionales, en consideraciones que les son extrañas, de suerte que es absolutamente distinto, el segundo, al tener que decidir cual entre varias leyes en conflicto, debe aplicarse a esta o aquella relación de derecho, infiere sus reglas del conocimiento íntimo de sus mismas leyes y del atento exámen del objeto que se proponen. El Derecho Internacional Público será, pues, sobre todo, la obra de los hombres de Estado; el Derecho Internacional Privado la de los jurisconsultos. De esta diferencia capital, relativa al objeto del Derecho, se deduce otra, casi tan importante, que se refiere a la sanción que el Derecho puede recibir: como, en tal caso los conflictos de leyes surgen en el curso de las contiendas planteadas ante el poder judicial, las reglas del Derecho Internacional Privado se aplican por los Tribunales y se ponen en ejecución con sus sentencias." Encuentro vanos los esfuerzos del autor por demostrar diferencias profundas desde el instante de afirmar la realidad de un mismo sujeto para las dos ciencias. La calidad de los intereses protegidos no lleva consigo la especificidad del asunto, dijimos antes; ¿será la diferencia de la naturaleza de la regla aplicable? en la práctica —plano en el cual se coloca Lainé— no es raro encontrar materias de la una y otra rama regulados por convenciones y

tivas, gubernamentales, políticas y en general de Derecho Público; materias inscritas por toda teoría razonable entre los problemas de la otra rama jurídica exterior. Supongamos en efecto conflictos entre dos clases de leyes militares: las de un país que permita reclutar soldados en su territorio para luchas internacionales o conflictos internos de otro Estado, mientras los preceptos legales de este último o los intereses de su contendor, rechace toda clase de contingente extraño en las filas de su milicia y, con mucho mayor razón, el inmiscuirse en los asuntos internos tropas extranjeras. O piénsese en los preceptos constitucionales de una soberanía plena y los tratados—ley para los contratantes—sobre el arrendamiento de ciertas regiones a potencias extranjeras. Todo eso y mucho más (penetramiento militar en un territorio, maneras de reclamar el cumplimiento de los deberes de autoridad &c.) aún cuando se presenten en forma de oposiciones legislativas, materias son que habrán de plantearse y resolver dentro del Derecho Internacional Público. Ni es válida ni suficiente la otra definición descriptiva del mismo autor, que dice de nuestra ciencia: "Es el derecho que, después de haber determinado la nacionalidad de las personas, rige las relaciones de los Estados en aquello que concierne a la condición jurídica de sus sujetos respectivos, la eficacia de los juzgamientos llevados a cabo por los tribunales, de los actos autenticados por sus oficiales públicos y sobre todo de los conflictos de sus leyes." (2) La enumeración incompleta aquí, rebasa por otro lado el propio contenido del Derecho descrito. En donde quiera el daño causado por los supuestos del sujeto sometido.

Mas delimitado, y con encuadramiento más estrecho dentro de la respectiva teoría por consiguiente, es el modo de definir debido a Andrés Weis; pues él se expresa en estos términos: "el conjunto de reglas aplicables a la solución de *los conflictos que pueden surgir entre las soberanías*, con motivo de sus respectivas leyes privadas o de los intereses privados de sus nacionales." Los conflictos parecen significar aquí, no una dificultad actual sino peligros eventuales que prevenir; y en este sentido podría aparecer no tan estrechos los límites como a primera vista se nos antoja, pues se incorporaría, entre otros problemas, aquel de la de-

---

tratados internacionales: una misma fuente para los dos por tanto. Los Tribunales de presa de organización interna, es un hecho en la historia de las relaciones internacionales.— Toda diferencia en los indicados sentidos se desvanece y hace falta buscar en otra parte.

(2) Lainé "Introduction au Droit International privé" p. 17.

claratoria de los derechos pertenecientes a los extranjeros, con sus límites convenientes en vista de los deberes respecto a la propia patria. Y en general significará límites de las potestades de un Estado en las cuestiones de interés privado a causa de las exigencias de la patria extranjera. Y, sin preocuparnos por el momento del sinnúmero de inconvenientes e inexactitudes nacidos de esta idea de choque entre soberanías; hallamos esta importante objeción: cuando un Estado interviene en los asuntos interiores de otro, a pretexto de salvaguardar los intereses de sus nacionales ¿a puesto en el tapete de la discusión, con el de la legitimidad de su procedimiento, un problema de Derecho Civil Internacional? Con toda evidencia, no.

Introducimos en este grupo a Despagnet, no por los estrictos términos empleados por él al definir la ciencia, sino por los desarrollos anteriores y posteriores que fijan, sobre toda definición, el concepto formado. En sus *Précis*, nos trae, una a continuación de otra, dos fórmulas: la primera un tanto extensa y descriptiva, la otra *exacta* según Despagnet dice. Traducimos esta última: "El Derecho que determina el dominio respectivo de las leyes civiles de diversas naciones, cuando esas leyes se encuentran con ocasión de una relación privada entre particulares." (1) Hay en los anteriores términos algunos avances de concepto dignos de recogerse: los asuntos son puros asuntos civiles, la materia de reglamento es lo privado y el objeto de la ciencia dar a cada una de las leyes su propio papel. Pero acaso se exceda el autor al insistir terminando la fórmula "relaciones privadas entre particulares." Cuando el Estado obra por medio de sus agentes como individuo que contrata un negocio en el extranjero: compra supongamos un palacio para residencia de sus diplomáticos ¿no se halla sometido a los principios del Derecho Civil Internacional, para la forma del acto, la manera del pago, las responsabilidades civiles contraídas, los reclamos ante la justicia para el cumplimiento: esto es la categoría del juez ante quien deberá proponer su demanda & & ? Creo que sí.

24.— Muy cercano al criterio del grupo precedente en su naturaleza y fuerza política, es la opinión de quienes hablan de conflicto entre leyes diversas, como la materia peculiar, y quizá la exclusiva, cuya solución pretende la ciencia que estudiamos. De ahí el nombre adoptado a veces, y la razón de un gran nú-

(1) Despagnet "Précis de Droit International Privé"

mero de definiciones; entre ellas la de Foclix: "El Derecho Internacional Privado es el conjunto de reglas según las cuales se juzgan los conflictos entre el Derecho privado de las diversas naciones." Y para Schafner: "El conjunto de aquellas reglas según las cuales debe juzgarse el conflicto de las legislaciones civiles de Estados diferentes"; Lomonaco usa de los siguientes términos: "El Derecho Internacional Privado versa sobre la colisión de las leyes tanto civiles como penales."

Desde el punto de vista de la realidad, ciertos autores han criticado el supuesto contenido en las anteriores definiciones, mientras otros, al analizarlo, y oponerse, hánse preocupado especialmente de los principios teóricos. Aquellos han dicho: el conflicto no puede tomarse como condición inseparable de cualquier problema de Derecho Civil Internacional, pues a más de los casos en los cuales no hay otra cosa que resolución imperativa de la ley del territorio — como al fijar los derechos atribuibles a los extranjeros — en las circunstancias mismas en las cuales concurren varias leyes para aplicarse al asunto juzgado, cada una puede ejercer un papel en un aspecto o momento jurídico sin rechazo de ninguna de las otras. No creo se escape a esta crítica cambiando el término conflicto por el de colisión, según pretendieron algunos expositores pues casi son sinónimos los dos términos.

Los otros opositores vuelven a situarse en el terreno de la soberanía como atributo de supremo poder y voluntad, y nos hablan como lo hizo Buseni hace ya bastante tiempo, de la imposibilidad de trabarse lucha en el territorio de un Estado por leyes promulgadas en distintos países; el conflicto, para él, nace sólo entre principios legislativos de un mismo origen: una regla constitucional, por ejemplo, y una ley secundaria. En cada circunscripción territorial, se dice, no hay lugar sino para los mandatos del propio legislador, y si bien en determinadas ocasiones cabe la duda sobre la ley elegible, falta es de una doctrina legislativa adecuada. En todo caso, si la ley extranjera se admite, es por así haberlo decidido y mandado el soberano. Por último, no habiendo autoridades que disputen sino una que manda, no hay conflicto posible.

Una parte de los argumentos hacemos nuestros. Los problemas del dominio jurídico sobrepasan, no digo al conflicto sino al más amplio campo de la concurrencia de leyes. Tanto en lo interno como en lo internacional —salvo los rarísimos casos de algún a ley de orden público opuesta a que tal suceda— la calidad subjetiva de derecho, el derecho adquirido se fija en cabeza de un individuo por efica-

cia de la ley a la cual estuvo sujeto en el momento de perfeccionarse el hecho motivador, y así fijado, es válido y permanece no obstante todo cambio de ley. De otro lado, no se trata de Autoridades varias que en un territorio disputen sobre la preferencia de su regla. La circunstancia es más sencilla: supuesto un problema jurídico en el cual haya intervenido algún elemento extranjero —sujeto u objeto— el principio de justicia exige se cambie la regla normal; ordinaria —modificado uno de los elementos de la causa jurídica, debe variar el efecto en el derecho reglado— y en esa virtud, puede necesitarse variar la regla aplicable con cambio de una distinta ley, eligiendo la razonable por las circunstancias constitutivas de la situación. Acaso, dentro de una lógica estricta pueda pensarse con Jitta en la conveniencia de elegir un principio distinto de cualquiera ley y sólo en vista de la naturaleza de la materia juzgada; más los peligros inherentes de la arbitrariedad del Juez, no permite volver práctico tal precepto.

25. — Paréceme en algunos aspectos aproximarse un tanto más a lo justo, los autores que rechazando la conexión de nuestra disciplina con el Derecho Internacional, piensan de ella que es más bien una rama de la legislación interna, eso sí superpuesta a las otras. De ahí las palabras de Rolin: "podría definirse como el conjunto de reglas que determinan los derechos de los extranjeros y la competencia respectiva de las legislaciones de los diversos Estados, en lo que se refiere a las relaciones de los diversos Estados". La indicada competencia la traduzco yo como oportunidad, racionalidad, no como supremacía ni potestad; y el asunto propio se precisa al hablarnos de materias de derecho privado. La definición la creo plena: comprende los derechos de los extranjeros capaces de representar tanto la calidad atribuída como el respeto a las situaciones legítimamente adquiridas.

Más expresiva quizá para denotar la clase de orientación de este grupo, es la debida a Jitta, expresada de esta manera: "El Derecho Internacional Privado es la face o modalidad del Derecho Privado, que debe someter las relaciones sociales entre los individuos a las reglas jurídicas que conviene a su naturaleza." Si lleno de sugerencias este criterio y digno de meditarse con empeño; pues lleva en sí el gran afán transformador que se iniciaba ya con fuerza en un espíritu tan sutil como el de Savigny, sin embargo, el contenido expreso de la fórmula impresiona con las apariencias de un derecho natural indeterminado.

26. — Quiero referirme, por último, a la definición debida a M. Pillet, por ser éste uno de los autores modernos a quien no se puede olvidar un momento al tratarse de cualquiera de los grandes problemas de nuestra ciencia. Los términos que emplea son estos: "definiremos como la ciencia que tiene por objeto la reglamentación jurídica de las relaciones internacionales de orden privado." No obstante mi respeto a tan notable transformador y vigoroso paladín de esta rama del Derecho, no puedo por menos de pensar que quizá es su fórmula una de las menos defendibles; está entre las más imprecisas y da lugar a muchas dudas. En efecto, ¿qué es esto de las relaciones internacionales de orden privado? ¿relaciones públicas de carácter privado? ¿no hay manifiesta contradicción en unir los dos términos? ¿o ha dado de modo tácito el autor razón a Cimbali sobre el contenido efectivo del nombre? Casi con vehemencia se opone a la idea de abandonar los términos Derecho Internacional Privado a los asuntos civiles o de carácter individual entre los Estados, como el hecho de ser partícipe en minas extranjeras, demos el caso. Mas, rectifiquemos en el máximum el contenido estricto, teniendo en cuenta las sabias disertaciones del Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de París, y habremos de pensar: se trata de relaciones entre Estados a causa de suscitarse entre ellos problemas de naturaleza privada o individual. ¿Deberán estar contenidos dentro de tal disciplina, en tal caso, los intereses particulares que ha tomado a su cargo la Sociedad de Naciones, tales como la protección de las minorías y el salvoconducto Nansen? Desde el primer momento se ve que estas materias son jurídico-políticas y deben plantearse y resolverse en el Derecho Internacional Público y según su método.

27. — La plenitud expresiva que exige una definición, obligada a abarcar todo el lógico contenido mental de la materia en una fórmula rápida y clara; ha hecho la desgracia de los más sabios ensayos para intentarlo en cualquiera ciencia. Por eso la rechazo con sus calidades escolásticas y sólo me permito expresar un concepto general de los problemas de nuestro dominio, según el reflexivo trabajo que de ellos he hecho y para comprobarlo más tarde.

Descubro como objeto del Derecho que estudiamos: la protección jurídica internacional del individuo miembro de una comunidad determinada, para todos sus actos ejecutados en conformidad a la regla o reglas de su actual sometimiento racional; mientras no se opongan a los principios de subsistencia del país donde se reclame su efectividad o a la de sus instituciones.