

Por el Profesor de Derecho Internacional de la
Universidad Central —

Dr. Carlos Salazar Flor —

DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

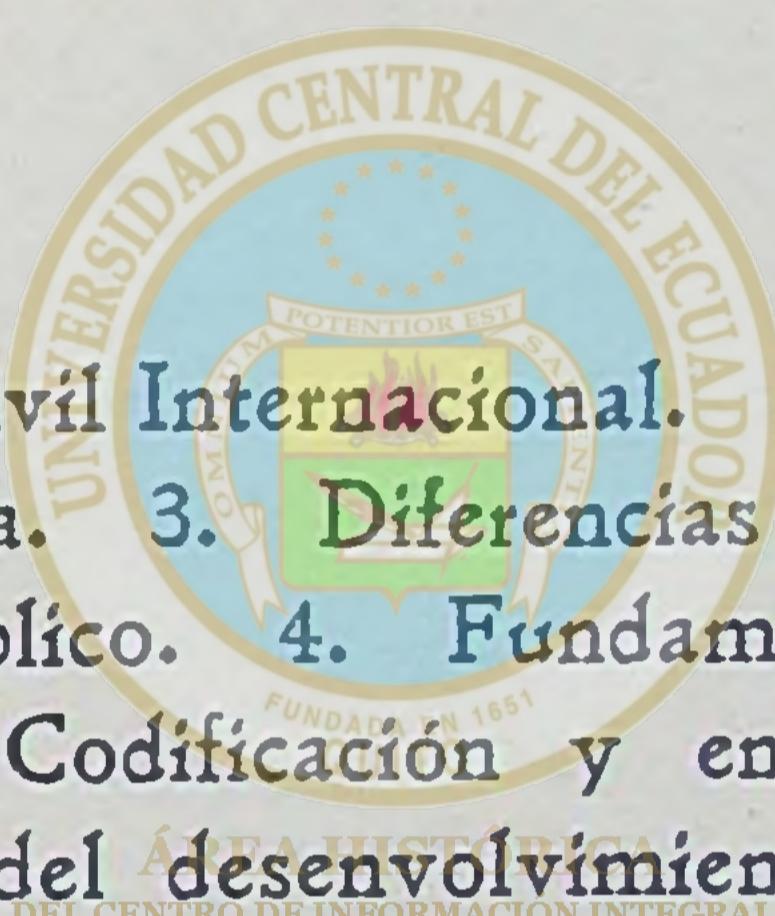
GUIA DE CURSO —



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

CAPITULO I

GENERALIDADES



1. Concepto del Derecho Civil Internacional.
2. El nombre que conviene a esta ciencia.
3. Diferencias con respecto al Derecho Internacional Público.
4. Fundamento.
5. Fuentes.
6. Método.
7. La Codificación y ensayos en América.
8. Historia sumaria del desenvolvimiento.

1. CONCEPTO.—Juzgamos de inestimable valor la determinación del concepto del orden científico que se va a investigar. La conceptuación, es a nuestro modo de ver, de rigor lógico. Ella afirma el contenido de una ciencia, limita su objeto y fines y contribuye a circunscribir claramente la naturaleza específica de la disciplina que se estudia.

Refiriéndonos al Derecho Civil Internacional, llamado frecuentemente Derecho Internacional Privado, la necesidad de la conceptuación es tanto más exigente mientras más novedoso y reciente aparece este orden jurídico. Una gran parte de los autores que se han ocupado de esta materia ha demostrado y demuestra notable variedad de apreciaciones al analizar el contenido y alcance del Derecho Civil Internacional. Unas veces, se engloba, en el plan general, aspectos que no le son muy propios como el Derecho Penal, por ejemplo, el

mismo que resulta extraño si se quiere delimitar la ciencia a los aspectos internacionales del derecho civil. Otras veces se le restan aspectos que le son implícitos como la nacionalidad y la condición de los extranjeros. Tal discrepancia se debe a la falta de una orientación uniforme que plantea claramente las múltiples categorías jurídicas, en relación con sus proyecciones internacionales. A tal causa se debe también que muchos autores traten en sus obras de todos estos problemas, pero sumariamente, ya que al fin llegan a darse cuenta de la complicada empresa de analizar en una obra las proyecciones internacionales del derecho constitucional, civil, penal, comercial y de procedimiento.

No somos partidarios de abarcar en un curso universitario, el estudio de la totalidad de aspectos internacionales del Derecho. Creemos que tales investigaciones deben ser especializadas en tantas ramas cuantos objetivos diversos pueden presentarse, reformando, de ser posible, el plan de estudios vigente en la Enseñanza Superior.

Queriendo limitar nuestro estudio sólo al Derecho Civil Internacional, es labor previa determinar su concepto, finalidad y contenido, para integrar el programa de curso con las materias que justa y necesariamente deban tratarse.

El Derecho Civil Internacional, podemos afirmarlo de un modo concreto, sin la eliminación de materias que podrían haber constituido diversas disciplinas, según hemos explicado ya, se inicia históricamente como un cúmulo de reglas enderezadas a resolver los conflictos de leyes (penales, civiles, comerciales, de procedimiento, etc.) Esta idea, persiste durante un largo tiempo de la evolución de nuestro derecho. Sus primeros representantes, aquellos estatutarios de sutil habilidad y sofística inteligencia, son propiamente los creadores. Ellos hicieron el Derecho Internacional Privado a fuerza de conflictos, pero los primeros principios aportados por ellos sirven de base y fundamento a la evolución científica de nuestros días. El presente les debe mucho, y se inclina ante ellos por ser los iniciadores. Nace, pues, nuestra ciencia, con un contenido limitado y con un escacísimo campo de acción, desde que no representa sino un menguado contingente de reglas encaminadas a salvar el desequilibrio producido por la presencia de costumbres diversas, cada cual con su respectiva fuerza jurídica. Este fin de corto alcance, se amplía con el desenvolvimiento científico. El poderoso aporte de la doctrina mo-

derna contribuye a asignarle fines más elevados y a confiarle una misión de cuya trascendencia sólo podrá dar cuenta el porvenir.

Lainé, preocupándose de la variedad de horizontes que podrían corresponderle al Derecho Internacional Privado; y ante la imperiosa necesidad de no encuadrarle en la mera solución de los conflictos de leyes, manifiesta que uno de los caracteres frecuentes por los que aquéllos se producen, se encuentra de preferencia, en la circunstancia de constituirse las relaciones de derecho entre personas de diversa nacionalidad y en el hecho de predominar frecuentemente la ley nacional, en materia de estado, capacidad y relaciones de familia. Por tal razón, dice, el estudio de la nacionalidad se impone sobre cualquier otro aspecto.

Antonio Pillet, profesor de la Universidad de París, señala al Derecho Internacional Privado (mantenemos provisoriamente el nombre clásico) un triple objeto que aumenta considerablemente su alcance científico: la condición de los extranjeros, los conflictos de leyes y el efecto extraterritorial de los derechos adquiridos, son materias que el profesor Pillet asigna a la ciencia que nos ocupa. No trata especialmente de la nacionalidad; y probablemente, no lo hace por olvido, sino por atender al carácter de su obra que como él mismo declara, no es para estudiantes, sino para personas ya más adentradas en los problemas del Derecho Internacional Privado.

Basta lo dicho para probar que la evolución jurídica de nuestro tiempo ha realzado cuantitativamente y cualitativamente el objetivo de esta rama del derecho, emancipada ya del criterio servil bajo el cual se inició históricamente: mero arsenal de reglas, más o menos arbitrarias y aplicables a la solución de conflictos principalmente de costumbres y luego de leyes.

Con lo expuesto, será menos difícil elaborar el concepto, sin que sea necesario recurrir a una fatigosa cita de definiciones, que resultan de ordinario imperfectas.

Tomemos el nombre clásico: *Derecho Internacional Privado*. Hay tres términos en esta expresión: *derecho*, principio regulador de relaciones, norma que, como diría Kant, hace posible la coexistencia de las soberanías individuales, bajo una fórmula de libertad, garantía de la vida social, orden y equilibrio humanos. Lo *internacional*, como el nombre lo indica, supone relaciones entre naciones; pero como a este

termino se añade el de *privado*, varios autores han hecho notar lo excluyente y contradictorio de las dos palabras: *internacional* y *privado*, en un mismo pensamiento. Efectivamente, no puede darse un derecho internacional que no sea público, a no ser que tomáramos las relaciones privadas de las naciones, o sea de los Estados que no son sino su personificación jurídica, pero de esto no se ocupa principalmente el Derecho Internacional Privado que más hace referencia a individuos que a Estados; pues, éstos, tienen el don de la ubicuidad en virtud de la soberanía territorial que es la expresión del poder político; y por lo mismo, no se puede concebir que un Estado, ordinariamente, pueda trasladarse de un lugar a otro o estar sometido a diversas jurisdicciones.

Lo que se ha querido significar con dicha denominación es, sin duda alguna, un orden de relaciones que aunque íntimamente ligadas por el derecho privado, tienen sin embargo algo que ver con la soberanía estatal, o sea con la autoridad política de los Estados, en razón de intervenir en esas relaciones un elemento extranjero. Se justificaría, en consecuencia la actitud nominativa que juzgamos si se toma en consideración la posibilidad de que en una relación de derecho privado pueden estar de por medio varias jurisdicciones políticas, según se consideren como sujetos a diversos sometimiento alguno o algunos de los elementos de la relación jurídica: la persona, el bien o el acto. Por ello, el Dr. A. M. Paredes, admite que el Derecho Internacional Privado es una rama del Público, porque, dice, «tiene como problemas también las relaciones entre Estados, pero por motivos indirectos, en virtud de negocios entre particulares donde intervenga algún elemento extranjero».

El concepto más claro que podríamos formarnos del Derecho Civil Internacional, sería el siguiente: Una ciencia, cuyo objeto es determinar los principios que deben regir las relaciones del derecho civil (familia y propiedad) entre los individuos, cuando por alguna circunstancia, la integridad de esas relaciones no ha podido tener efecto en una forma localista (nacional) sino espacial (internacional). Por demás estaría advertir que cuando nos referimos a integridad de las relaciones jurídicas, queremos dar a entender la idea totalitaria de las mismas. Y esta idea totalitaria no puede estar precisada sino por la constitución, el ejercicio y la extinción del derecho. En cada uno de estos estadios del derecho, juegan sus elemen-

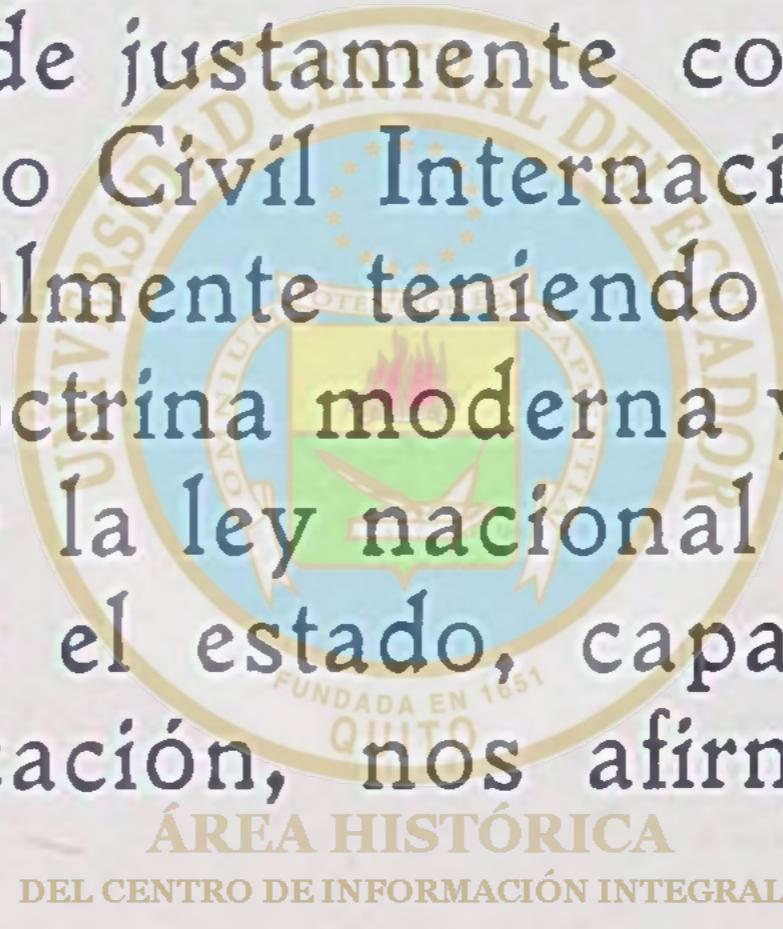
tos esenciales: personas, cosas y actos. Puede una persona ver constituido su derecho en una cosa situada en un país que no es el de su sometimiento político propio; y puede invocar ese derecho aún desde un tercer Estado diverso. Esta posibilidad permite hablar de relaciones jurídicas sin integridad localista o nacional; y por lo mismo, el Derecho Civil Internacional, viene a llenar la necesidad de establecer los principios a que han de quedar sujetas dichas relaciones.

Determinado en esta forma el concepto, hemos circunscrito la materia a las proyecciones internacionales del Derecho Civil y del Comercial, originado de aquél, porque ambos son en puridad, contenido de relaciones privadas. Excluimos, en consecuencia, el Derecho Penal, esencialmente territorial, sin negar, desde luego, que por razones de competencia muchos aspectos puedan originar problemas de derecho internacional, como muy bien lo hace notar Fernández Prida; pero, partidarios como somos de la especialización de las diversas ramas jurídicas que pueden analizarse desde el punto de vista internacional, dejamos esos aspectos como objetos de investigación propios del Derecho Penal Internacional.

Si nuestra ciencia tiene por objeto determinar los principios que deben regir las relaciones civiles de carácter internacional entre los individuos, es de este concepto primordial de donde se deriva el fin de la misma: aspiración directa hacia la justicia, afán de efectivar humanamente la protección jurídica internacional de la persona, de modo que esa protección obre como ley en todos los países y tenga en cada uno de ellos un resultado permanente.

Una objeción pudiera surgir contra el concepto propuesto: Se ha dicho que la materia de nuestro estudio contempla preferentemente relaciones civiles de las personas, relaciones, cuya integridad jurídica no puede apreciarse sino en el espacio y que versan exclusivamente sobre familia y propiedad. ¿Por qué, entonces dar cabida en esta materia a los problemas de la nacionalidad? Este no es un vínculo civil, ni nada tiene que ver con la familia y la propiedad, porque no es de carácter privado. Si la nacionalidad interesa al Derecho Civil Internacional, el concepto que hemos fijado sería necesariamente falso por deficiencias de contenido lógico. No podríamos condonar nuestro concepto, por las siguientes consideraciones: la ciencia que estudiamos es de reciente formación. A esto se debe la vacilación de los autores cuando tratan de precisar su ob-

jeto. No está todavía, dentro de la actual evolución, subdividida en tantos aspectos cuantos son los que sirven para dividir el Derecho en el orden interno (civil, comercial, administrativo, constitucional, etc.). Esta subdivisión será, a no dudarlo, el corolario del desenvolvimiento sucesivo de la disciplina que tratamos. Hasta tanto, se justifica que algunos aspectos que podrían estudiarse aparte (la nacionalidad por ejemplo) se incorporen en el programa general. La nacionalidad, sobre todo en América, tiene un interés capital, como la tiene para todos los países que se forman por la inmigración. Ella se encuentra legislada en las Constituciones políticas, a la inversa de la práctica seguida en Europa, que hace constar en sus leyes ordinarias, los sistemas para adquirirla, perderla y recuperarla. No habría inconveniente para hablar en América de un Derecho Constitucional Internacional, que comprendería todos los problemas con este vínculo relacionados. Hasta tanto, puede justamente constituir un gran capítulo auxiliar del Derecho Civil Internacional. No puede ser de otra manera, especialmente teniendo en consideración que una gran parte de la doctrina moderna y no pocas legislaciones se inclinan a preferir la ley nacional como apropiada para regir internacionalmente el estado, capacidad y relaciones de familia. Con tal explicación, nos afirmamos en el concepto propuesto.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

2. EL NOMBRE QUE CONVIENE A ESTA CIENCIA.—La cuestión del nombre que legítimamente debiera corresponder a la rama jurídica que estudiamos, ha dado lugar a muchas discusiones. La preocupación por un nombre puede aparecer infantil; pero, a pesar de ello, se debe convenir en que al referirse a ciencias de reciente formación, es de todo punto indispensible buscar un denominante comprensivo y exacto que transparente la naturaleza y el contenido. El nombre, cuestión de palabras, dice Alcorta, no tiene importancia capital cuando se refiere a ciencias que presentan límites conocidos, pero sí la tiene, cuando es fácil producirse la confusión por la vaguedad de los elementos que actúan.

Por lo que hemos anotado antes, concluimos que el nombre asignado a la ciencia que investigamos, ha estado en relación con las diversas etapas por las que ha ido atravesando en el proceso general de su evolución, hasta los tiempos actuales. Habiéndose iniciado en una época de absoluto

desconcierto social (la que sigue a la invasión bárbara) se incorporaron a sus fundamentos las ideas dominantes de entonces. La disparidad de costumbres entre las diversas entidades territoriales feudales, hizo necesarias unas cuantas normas para resolver los conflictos. Por tal razón, en los primeros tiempos, el *alma mater* del Derecho Internacional Privado fueron los conflictos, primeramente de costumbres y luego de leyes. El primer nombre que aparece es, pues, el de *Conflictos de Leyes*. Lo utilizan en sus investigaciones escritores como Rodemburgh, Burgundus y Huber y la mayoría de los estatutarios anteriores, sin que hubieran podido prescindir de tal denominación, algunos de los autores modernos como Burge, Story, Rivier y otros. La falta de exactitud, al utilizar el nombre de *Conflictos* está fuera de duda. Pues, como hemos afirmado ya, hay en el Derecho Civil Internacional, importantes cuestiones que no suponen conflictos, aparte de que, en ocasiones frecuentes, la sola concurrencia de costumbres o leyes no es un conflicto, esto es, pugna y oposición de principios jurídicos.

Savigny acogió el siguiente nombre: *Teoría de los límites locales del imperio de las reglas del Derecho*, probablemente, a causa de la analogía que creyó encontrar el ilustre jurista alemán entre la teoría de la retroactividad de la ley y el derecho internacional privado. Dichas analogías no son ciertas. Cuando se habla en derecho interno de la no retroactividad de la ley, se está queriendo asegurar los llamados *derechos adquiridos*, los cuales deben mantenerse intocados por una nueva ley. En el terreno de las relaciones internacionales propiamente no hay ley derogada ni ley nueva que la sustituya, como observa Pillet; hay varias leyes vigentes de un modo simultáneo en el espacio, y cada una con su propio vigor y su propia fuerza en virtud de la soberanía política de que ellas proceden. Un derecho adquirido conforme a una ley, puede o no puede ser respetado en otro Estado, según sean sus instituciones positivas de orden público. En perfecto rigor, la doctrina de los derechos adquiridos, no es aplicable a nuestra materia, en toda su extensión.

Además, la idea de *límite local*, puede hacer comprender circunscripciones fijas en las que se ha de aplicar el derecho. Y un derecho —de los de orden privado— que no debe pasar de un límite local, no está de acuerdo con el progreso

cultural de nuestros días, que obliga a la máxima dilatabilidad de los principios jurídicos.

Dejan también que desear las opiniones de Fiore y Dicey, en lo referente al nombre que debe adoptarse. El autor primeramente nombrado, quiere que se denomine a la ciencia: *Teoría de la autoridad extraterritorial de las leyes*; y para Dicey, convendría nominarla como el *reconocimiento extraterritorial de los derechos*. Ambos aspectos eliminan del amplio campo del Derecho Civil Internacional, materias que le son propias. Cuando se fija, por ejemplo, en las legislaciones de los diversos países, el sistema jurídico para regular la condición de los extranjeros; y sea ése el de la reciprocidad o el de la igualdad, no hay forzosamente ningún problema de autoridad extraterritorial de leyes. En la misma forma podemos juzgar la posición de Dicey.

Lainé prefiere acoger la expresión: *Derecho Intermunicipal*, afirmando que el orden del cual se trata, es una parte sustancial del derecho municipal, es decir del derecho interno de cada país. Apreciando la actividad moderna de los municipios, la denominación de Harrison es extemporánea, porque haría suponer la determinación de un conjunto jurídico que regule las relaciones entre municipios. No se puede, en ningún caso, asignar este carácter al Derecho Civil Internacional; porque hoy, las diversas entidades regionales proceden sobre la misma base de un derecho común nacional. Esta uniformidad ha rectificado el criterio histórico, según el que, los municipios representaron, cada uno, costumbres distintas y distintas leyes.

Brusa, cree adecuado el nombre de: *Teoría de la aplicación armónica de las diversas leyes territoriales*. Este denominante demasiado vago, quizás podía convenir al tiempo en el cual se asignó a todas las leyes un valor territorial irreducible; o sea, cuando se las dictaba con la intención de que rijan en un territorio determinado y sobre todas las personas y cosas que se encontrasen en él sin atender, en lo absoluto, el origen y procedencia. En la actualidad, de lo que se trata es precisamente de la aplicación armónica de leyes extraterritoriales, fijando previamente, a qué clase de leyes se debe conceder esta calidad. El nombre propuesto por Brusa no transparenta la proyección internacional del derecho.

Estanislao Zevallos, denomina a este orden: *Derecho Privado Humano*. Quizo, sin duda, este notable profesor, sig-

nificar un derecho común de la humanidad. Si tal fue el punto de vista, tendríamos que declarar que ese derecho no se encuentra en los Códigos, y que es preciso establecerlo construyendo primeramente una especie de metafísica jurídica. De lo contrario, no hay más derecho privado humano que el que conocemos y que informa los sistemas legales específicos de cada pueblo.

Laurent ha titulado a la materia: *Derecho Civil Internacional*. Dicho autor declara que no es él el iniciador. Atribuye a Portalis el haber descubierto este nombre, empleándolo por primera vez en su informe de 1843, presentado a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, acerca de la obra de Rocco.

La corriente encaminada a la aceptación del denominante mencionado, ha sido muy favorable. Entre nosotros lo ha acogido el Dr. Angel Modesto Paredes, para trazar su obra de notable originalidad, titulada: «Teoría del Derecho Civil Internacional». Este nombre, por lo demás, no ha sido aceptado ni en el ensayo más esforzado de codificación de los tiempos modernos, practicado por el Dr. Antonio Sánchez de Bustamante, quien ha preferido utilizar el nombre clásico, para incorporar en su Código (ley positiva, para los Estados que han aprobado y ratificado la Convención respectiva) materias relacionadas con el derecho civil, comercial, penal y procesal.

Nosotros, en el afán de formar esta *Guía* de curso universitario, hemos preferido también aceptar el nombre usado por Portalis, porque expresa un contenido preciso y limitado. Efectivamente, cuando nos referimos al Derecho Civil tenemos ya una noción clara de lo que significa. Entendemos que se trata de un orden de relaciones que dicen ligamen directo con las instituciones de la familia y de la propiedad; y cuando señalamos el aspecto internacional, colegimos que se trata de esas mismas relaciones establecidas entre personas que no son los Estados, extendiéndose y dilatándose por todos los países, a causa de aquel factor caracterizante de la época moderna, que Pillet llama creciente compenetración recíproca de los pueblos.

Y como ya manifestamos anteriormente, damos por descartados del contenido de la ciencia, los objetivos de orden penal, que según varios autores debieran comprenderse en el tratado general de la materia. Nos limitamos solamente al

Derecho Civil, al Comercial y al de Procedimiento, siguiendo, en este asunto, la opinión de Asser, por parecernos muy lógica y fundada. El autor mencionado se expresa así: «A veces se comprende el conflicto de leyes penales en el Derecho Internacional Privado; pero hay en ello una equivocación, según nuestro modo de ver, porque las reglas de Derecho Penal Internacional, fundadas en principios de un orden diverso, deben ser expuestas aparte y quedan, por lo tanto, fuera de nuestro plan, limitándose éste al estudio del derecho privado, tanto material (derecho civil y comercial) como formal (procedimiento)».

3. DIFERENCIAS CON EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.—Quien sigue un curso de Derecho Internacional Público, puede fácilmente apreciar que en él se estudian relaciones entre Estados (personificación jurídica de las Naciones). El fin directo es el de precisar la naturaleza de las entidades políticas, sus deberes y derechos fundamentales. Dichas entidades son, en efecto, las que celebran negociaciones, se declaran la guerra o pactan la paz. Las personas individuales, súbditos del Estado, quedan en segundo término. Los intereses privados de los particulares, preocupan de un modo indirecto a las agrupaciones políticas. En cambio, el que investiga los problemas del Derecho Civil Internacional, percibe que, principalmente, se trata de aquellos intereses. Es el patrimonio jurídico individual el que se pone en movimiento; es la persona que trasladándose de un lugar a otro, o interviniendo en una relación de derecho en que, de cualquier modo, actúa un elemento extranjero, demanda principios de diversa índole de los que prevalecen en el Derecho Internacional Público.

Esta es una primera diferencia entre las dos ramas jurídicas; pero no es ello todo. Nada se ganaría con afirmar y convencerse que la una comprende las relaciones de los Estados, y la otra, los intereses privados de las personas. Lo importante es determinar el ligámen común, lo *internacional* que caracteriza a ambas ciencias, para ver en qué pueden conexionarse y diferenciarse. Al efecto, notemos que las relaciones privadas de las personas, se establecen preexistiendo la ley de las partes y esa ley es la que les liga a la soberanía política de que dependen. Varias leyes y varios Estados que las dictan. He aquí el escenario del Derecho Civil Interna-

cional. Por esta especie de concurrencia simultánea, varios autores han creido que en nuestra materia, en definitiva, lo que se presenta es el conflicto de soberanías. Una relación entre un francés y un alemán, supone necesariamente ley francesa y ley alemana (en razón de la capacidad para contratar, por ejemplo); y esas dos leyes, evocan inmediatamente dos subordinaciones políticas diversas. (Estado francés y Estado Alemán). El derecho privado se ha hecho espacial, internacional. Pero la relación jurídica entre el francés y el alemán es de interés particular. No se podría sostener que en el caso propuesto, Francia y Alemania sean los Estados interesados en el conflicto, caso de presentarse. Un conflicto de leyes no es un conflicto de Estados; y por lo mismo, el Derecho Civil Internacional, no tiene aquí nada de común con el Internacional Público. Pero, no podemos desconocer que la persona y su derecho se deben a su Estado. Sólo por su soberanía se han reconocido los derechos de aquélla, mediante leyes adecuadas, inspiradas en cada caso, en las circunstancias peculiares, sociológicas de cada pueblo. La practicidad originaria del derecho, la ley, procede del Estado; y únicamente desde este punto de vista, surge una relación muy remota entre las dos ramas jurídicas cuyas diferencias determinamos. Si la persona se debe a la persona, en virtud de los innumerables ligámenes que puede determinar una relación de derecho de eficacia espacial, la persona se debe igualmente a su ley, de un modo directo y originario. De un modo mediato, se debe, claro es, el Estado que ha hecho esa ley, a causa de su soberanía inmanente y que legisla para sus súbditos. Mas, por esta razón, el Estado no puede imponer todas sus leyes en el extranjero, ni puede admitir la vigencia de todas las leyes extrañas en su territorio. La discriminación del grado y medida en que debe el Estado permitir el sacrificio de sus leyes, en el orden internacional, y aceptar el valor y eficacia de otras que no las haya dictado, es materia propia del orden científico del Derecho Civil Internacional.

Con la relación indirecta apuntada, nos inclinamos a sostener la autonomía de las dos ciencias, dejando para la nuestra el estudio de las relaciones civiles entre las personas, que, en razón de la dinámica jurídica, han escapado, por alguna causa, de los límites dentro de los cuales los Estados encuadran el ejercicio de su jurisdicción territorial.

Otra diferencia se acentúa al considerar el origen de los dos derechos: el Internacional Público no está legislado. Cuando un tratado no ejercita el papel de la ley, simplemente no hay ley. De la misma manera, no hay ni tribunal ni fuerza pública. Esto ha valido para impugnar la existencia del Derecho Internacional Público, materia de la cual no debemos ocuparnos por ahora.

Indudablemente, para que exista una ley pública internacional, sería necesaria la presencia de un legislador extraordinario que tenga la omnipotencia de legislar para la comunidad de pueblos (magna civitas). La evolución actual no se presta para aceptar tal premisa. Sería preciso que se hubieran templado los caracteres preponderantes de las nacionalidades; y que se hubiera límado el absolutismo de los llamados *derechos fundamentales*. En nuestros días no hay ley, sino cuando los Estados quieren. Ley y tribunal son enteramente voluntarios. A falta de voluntad que efective el Derecho, es la fuerza la que decide en último término las controversias suscitadas entre las personas del Derecho Internacional Público. Menguado recurso que hasta aquí va triunfando sobre el inútil empeño de la paz y de la justicia.

Desde este punto de vista, von Liszt admite que las reglas del Derecho Internacional obtienen su fuerza obligatoria de la voluntad propia DE LOS ESTADOS de los Estados, por cuanto éstos se obligan a formarlo, mas no porque dicha obligación provenga de un poder superior, sino porque el Derecho Internacional (el público) es contrato y no ley.

Al admitirse que el Derecho Civil Internacional es una rama del Público o de *Gentes*, se podría decir de aquél lo que se dice de éste, esto es, que no representa ninguna autoridad. No podemos aceptar semejante punto de vista. Y para sostener la autonomía de nuestra ciencia y conocer su grado de eficacia, nos vemos en el caso de analizar con algún detenimiento la cuestión.

Laurent, estudiando este importante aspecto, dice: «La diferencia entre las dos ramas es considerable y conduce a consecuencias de capital interés. Refiriéndonos al Derecho Internacional Público, la existencia de un derecho propiamente dicho que rija todas las naciones, es problemática; en realidad es la fuerza la que decide sus diferendos y no la justicia. No es lo mismo en Derecho Internacional Privado: no son las

naciones las que están en causa, son los individuos; no es la guerra la que zanja el diferendo, son los tribunales».

En Derecho Civil Internacional, no hay ausencia de ley ni de tribunal. El Tribunal es aquél en que se ha fijado la competencia; y todo tribunal dispone de la suficiente autoridad para hacer cumplir sus decisiones. Pudiera objetarse que tampoco en nuestra materia existe una ley internacional sino meras leyes nacionales y que para que pueda contemplarse un principio cualquiera con la calidad de una ley internacional, sería necesario que los Estados lo hayan acogido mediante convenios voluntarios. En nuestra materia la falta de ley es más aparente que real. Hay un antecedente que podríamos llamar motor en la elaboración de la disciplina científica a que nos venimos refiriendo. Ese antecedente está constituido por las leyes de derecho privado, tan diversas como diversos son los pueblos que las han dictado. Todos los problemas giran sobre una base real: la existencia de leyes, provista, cada una, de su respectiva soberanía. No serán propiamente hablando, leyes de orden internacional, pero de todos modos son leyes, y entre que existe una ley como antecedente y que no existe ningún principio de carácter positivo, hay una profunda diferencia, como diferente es el campo de acción del Derecho Internacional Público y del Civil Internacional.

No es exacto que en nuestro derecho haya ausencia completa de ley. Al contrario, la variedad de leyes —que hemos llamado fuerza motora— mueve espontánea y necesariamente el desarrollo integral del Derecho Civil Internacional. En Derecho Internacional Público, es diferente. La sola voluntad de los Estados establece la Ley; y aún establecida puede fácilmente ser violada. Tiene mucha aplicación el mito de Saturno, en tanto no se aclimate en la conciencia de la humanidad el sentido de la justicia y del bien.

La opinión de Lainé constituye una síntesis de lo que dejamos expuesto. El Derecho Público, dice, tiene en cuenta los intereses generales de los pueblos; el Privado, los intereses particulares de los individuos. El primero gobierna las relaciones directamente formadas entre los Estados; el segundo, las relaciones indirectas nacidas del contacto de las legislaciones nacionales. Se podría, pues, afirmar que el primero es verdaderamente el *Jus inter Gentes*, y el segundo, *Jus inter gentium leges*. El uno busca sus prescripciones fuera de las legislaciones nacionales y en consideraciones que les son

extrañas; el segundo, teniendo que decir cuál de varias leyes en conflicto debe aplicarse a tal o cual relación de derecho, funda sus reglas en el conocimiento íntimo de dichas leyes y en el examen atento del objeto que ellas se proponen. El Derecho Internacional Público es, sobre todo, obra de los hombres de Estado; el privado, lo es de los juríscosultos.

4. EL FUNDAMENTO.—Con lo expuesto, podemos ya darnos cuenta de que el Derecho Civil Internacional, tiene razón de existir si se aprecia, por un lado, la variedad de legislaciones, resultado natural de la variedad de Estados, animado cada uno por factores sociales diferentes, diferentes necesidades y aspiraciones; y por otro, la compenetración, cada vez mayor, acentuación de la solidaridad humana, a causa del intercambio creciente, propio de la edad contemporánea.

¿Qué resultado podrá darnos la concurrencia de estos dos hechos? Simplemente, la dilatación en gran escala de la órbita de los derechos individuales, será la consecuencia inmediata. El derecho, antes local, se torna en universal; la ley de otrora, despóticamente territorial, tiene que hacer sus concesiones en nombre de la mayor efectividad y permanencia de los derechos. Este fenómeno cobra proporciones cuantitativas no previstas, a medida que el alcance de las ideas va desbaratando los prejuicios antiguos. ¿Deberá llegar un momento en que las barreras del *nacionalismo* tengan que ceder terreno para dar paso a la requisitoria universalista del derecho? Seguramente, el porvenir contemplará la formación de aquel medio adecuado que Laurent llama: *ambiente organizado y totalitario, para ayudar al hombre en la obra de su perfeccionamiento*.

Esta es una aspiración lejana. Al presente hay que abordarle sobre otros datos más concretos. Y según ellos, qué fundamento deberíamos asignar al Derecho Civil Internacional? El fundamento ha seguido paralelamente la evolución de la ciencia. Los post-glosadores edificaron este orden jurídico en el Derecho Romano, aceptando por anticipado el criterio de su universalidad, y apoyándose en la tan comentada *Ley Cunctus*. Pero quien investiga con algún detenimiento el Derecho Romano, no encuentra reglas de Derecho Civil Internacional. No hay siquiera una norma establecida para la solución de conflictos de leyes. Los Post-Glosadores no negaban el carácter absoluto de la soberanía, pero hacían re-

paros al absolutismo de las autoridades locales; y los referían a los textos romanos atribuyéndoles lo que ellos no contenían. Pronto apareció la arbitrariedad de este sistema artificial y el fundamento del Derecho Romano gozó de una aceptación muy limitada y precaria.

Se admitió como regla de derecho estricto la soberanía política sin mengua, sin menoscabo alguno. Apareció entonces la dificultad de explicar un orden de relaciones que, precisamente, se oponía al concepto rígido de aquella soberanía. La trabazón jurídica, originada por la coexistencia de entidades territoriales disímiles, era una realidad viva que no se compadecía con la noción absorvente y particularista del poder político.

Los estatutarios se empeñaron en construir una teoría que zanje esta oposición; que procure templar el criterio de la territorialidad de las costumbres que emanaba de la territorialidad de la soberanía, y que era forzoso sostener porque constituía, entonces, la idea primaria en la organización social de aquellos tiempos. Efectivamente la esencia de la composición feudal consistía en equiparar la soberanía a la propiedad, a la tenencia en feudo. Admitir, en tales condiciones el imperio de una soberanía extraña, aceptando la autoridad de ajenas costumbres o leyes, hubiera equivalido a romper la significación anímica del feudalismo. Ningún señor, hubiera acatado, de buen grado, una teoría semejante. Mas, desde otro punto de vista, una posición demasiado cerrada, no podía mantenerse en su ser en tanto se desarrollaba el comercio inter provincial, particularmente en las ciudades de Italia, comercio que hizo progresar cuantiosamente a varios pueblos de la edad media. Fue del caso, para tales exigencias, sustraer ciertos elementos de la relación jurídica, del imperio de la ley territorial. La persona (estado y capacidad) y los bienes muebles, quedaron fuera de su alcance. Para tal conclusión se admitió la teoría de los *Estatutos*. Se los distinguió en personales y reales. Los primeros tuvieron efecto extraterritorial. Los últimos, carácter puramente local. A los estatutarios corresponde el mérito de haber declarado, por primera vez, que la persona no puede cambiar porque cambie de localización; y que hay ciertos derechos que deben seguirle como la sombra al cuerpo. Este reconocimiento justifica en gran parte, todos los errores de las doctrinas estatutarias, en orden a la aplicación de los sistemas por ellas creados; aparte de que

esos errores, vacilaciones y dudas, partían, más que de los investigadores, de la época en que ellos vivieron, una época que abre un gran interrogante para la humanidad del presente.

Pillet nos indica que el sistema estatutario encerraba una contradicción: reconocimiento de estatutos personales, extraterritoriales, y propugnación de la territorialidad de las leyes. Propiamente los esfuerzos de los estatutarios se encaminaban a salvar la contradicción. Ellos aceptaron la territorialidad, como regla y la extraterritorialidad como excepción. Lo que no encontraron es un fundamento verdaderamente científico que alcance a explicar plenamente esta especie de tolerancia a la vigencia de una ley, bajo una soberanía ajena. Creyeron de buena fe que la *comitas gentium* o cortesía internacional era el único fundamento. Lo sostuvieron y lograron extenderlo, habiendo sido defendido acaloradamente por Voet y Huber. Pasó a Inglaterra y a los Países Bajos, cobrando así un desarrollo inesperado.

El fundamento de la cortesía, consiste, como su nombre lo indica, en una mera tolerancia a las leyes extranjeras, tolerancia, claro es, siempre revocable, a voluntad de los Estados; ya que está en su facultad conceder o negar en su territorio la aplicación de aquellas leyes. La cortesía no es fundamento aceptable, porque no cabe hablar de derechos constituidos en virtud de la simple tolerancia. La buena voluntad de los soberanos, como observa Pillet, voluntad relativa, que unas veces puede ser y otras faltar, no es para los particulares una sólida garantía de sus intereses.

Jitta, opina igualmente, que la cortesía y el interés aunque se los tome como punto de partida de nuestra ciencia, no se prestan sin embargo a un método lógicamente conforme con ese punto de partida.

Schaffner, además, nos demuestra que la cortesía, en ningún caso pudo ser convenientemente puesta en práctica. No podía esperarse nada de un orden tan vago y tan poco legal, que obligaba, previamente a discurrir dónde podía tener su comienzo y dónde su fin. Sobre todo, añade, las cuestiones de derecho no pueden ser resueltas según las miras de la política que son las más variables y las más inciertas.

Por lo expuesto, la doctrina de la cortesía, sostenida como fundamento del Derecho Civil Internacional, tiene significación histórica; y en nuestros tiempos caracterizados por el

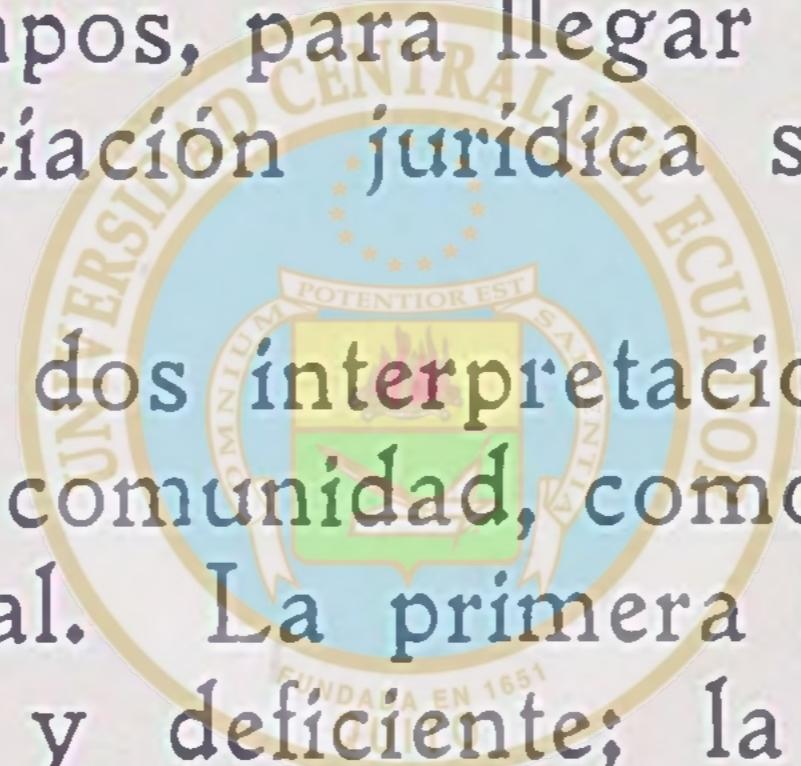
afán de la certidumbre y de la precisión, no puede hablarse de dicho fundamento.

Igual incertidumbre que la *comitas gentium*, supone el fundamento de la reciprocidad. Laurent advierte, al respecto, que es cosa singular que la nación que proclamó por primera vez los *derechos del hombre y del ciudadano*, en 1789, hubiera escrito en su Código una regla que desconoce totalmente la eficacia del principio conquistado por la Revolución. En realidad, el Código hizo distinción entre derechos naturales y civiles, reconociendo a los extranjeros el goce de aquéllos, y estableciendo para los últimos, la reciprocidad. El extranjero gozaría en Francia de los derechos que se concediesen a los franceses por las leyes del país del extranjero de que se trate. Si esas leyes no concedían ningún derecho, Francia no podía conceder ninguno. A falta de tratados, se presentaba, pues, una absoluta incertidumbre. Ventajosamente, la jurisprudencia que, en muchos aspectos ha ido eliminando las rigideces del Código (la ley de 1912 admitiendo la investigación de la paternidad, no hizo sino seguir las directivas de la jurisprudencia) logró que prácticamente se reconociesen a los extranjeros los mismos derechos civiles que a los franceses, exceptuándose los expresamente negados por razones de reciprocidad como el derecho de no aparecer como demandante sin la fianza *judicatum solvi*, y otros.

No aceptamos como fundamento la reciprocidad, porque siempre es subordinar a condiciones la virtualidad del derecho. Es además, un sistema contingente; y la contingencia no es justicia, y la falta de justicia es la negación del derecho.

Fruto del desenvolvimiento de las ideas jurídicas y de la necesidad de hacer del Derecho Civil Internacional, un orden regulador y armónico de la vida, ha sido —y esa es su legítima significación— el fundamento de la *comunidad jurídica de las naciones*, en la doctrina de Federico Carlos de Savigny. El autor hubo de partir de un análisis hondo de la esencia de la soberanía política, para desarrollar su teoría. No estuvo de acuerdo con el antiguo postulado de la territorialidad absoluta de las leyes, porque, según lo dice, «a medida que las relaciones entre los diversos pueblos se hacen más numerosas y animadas, más debemos convencernos que es preciso renunciar a ese principio riguroso y reemplazarlo por el principio opuesto».

Muchas han sido las interpretaciones elaboradas en torno de la doctrina del escritor alemán. No faltan autores que manifiestan expresamente que con dificultad se recoje o se alcanza a colegir su pensamiento, al hablar de una comunidad jurídica entre las naciones. ¿Entendió esta comunidad, simplemente como el conjunto de Estados, ya que en la actualidad, éstos no son sino la personificación jurídica de las naciones? ¿O quiso referirse a una posible comunidad jurídica del género humano? Si lo primero, la comunidad internacional de nuestros tiempos, quizá está lejos de representar una unidad jurídica. Si lo segundo, se trata de una idea a realizar; pues, como lo dice Jitta, la comunidad jurídica universal de los hombres, se hará algún día, estimulada por la naturaleza social del individuo que ha ido produciendo, sin conciencia al principio, las formas sucesivas de la Fraternidad, la Tribu, la Familia, la Ciudad y el Estado nacional de nuestros tiempos, para llegar más tarde, con plena conciencia, a una asociación jurídica suprema que abarque toda la humanidad.

Cualquiera de las dos interpretaciones, no puede jamás permitir hablar de una comunidad, como fundamento del Derecho Civil Internacional. La primera (comunidad actual de Estados), por relativa y deficiente; la segunda (asociación universal jurídica de la  humanidad), por carecer de sentido real en nuestros días y constituir más bien uno de los tantos generosos ensueños en torno de la paz, de la fraternidad y de la justicia humanas.

En nuestro concepto, Savigny, tomó la comunidad jurídica de las naciones, como un hecho constante que parte de la observación de las instituciones jurídicas fundamentales de todos los pueblos. En efecto si juzgamos a la vez las legislaciones de varios Estados, aún de los más atrasados, concluiremos que son permanentes algunas instituciones, como la de la familia, la de la propiedad y otras. Esta permanencia, esta infalibilidad, dijéramos, establece un nexo entre todos los pueblos, una especie de comunidad. Savigny descubrió comunidad de instituciones jurídicas, dentro de la variedad sociológica de los pueblos, pero en ningún caso, creemos, quiso referirse a una sociedad única, a una comunidad de hombres.

Entendida así la comunidad del autor alemán, claro es, salta a la vista, que el Derecho Civil Internacional, proce-

diendo sobre instituciones jurídicas comunes, no podía cumplir otra misión que la de la garantía universal del derecho. Y como la interdependencia es el corolario directo de la sociabilidad y de la comunidad de instituciones, nuestra rama científica no puede tener otro fundamento más aceptable y más real que el de aquella comunidad.

Nosotros admitimos, sin reparo, la doctrina de Savigny, en cuanto al fundamento que asigna al Derecho Civil Internacional, por las razones mencionadas.

5. FUENTES.—Siempre que los autores hablan de las fuentes de un derecho, se refieren a los modos originarios de su formación. Las fuentes explican la procedencia de un orden jurídico determinado; y refiriéndonos al nuestro, debemos, por lo mismo, fijar esos modos de formación.

Ante todo conviene hacer una aclaración que nos ha de servir para abordar con precisión el estudio de las fuentes. El Derecho Civil Internacional puede presentarse en dos formas diversas: la una, como doctrina de alcance común, forma teórica, no contenida en las legislaciones. La otra, como forma positiva, legislada, que ha dado lugar para que algunos autores hablen, con cierta razón, de un Derecho Civil Internacional francés, alemán o italiano. Esta segunda forma constituye propiamente el derecho nacional de proyecciones internacionales. Debemos notar que la primera posición simboliza la evolución actual; la segunda, representa el constante proceso de la variedad a la unidad, la valencia de una Teoría General que en ningún caso, quiere identidad de leyes, como se ha creido, sino armonía de sistemas.

Hecha esta aclaración, no queda sino por plantear estas cuestiones: ¿De dónde se origina el Derecho Civil Internacional positivo, nacional o local? ¿De dónde se origina o puede originarse el Derecho Civil Internacional general, conjunto de principios capaces de constituir una doctrina común? La primera cuestión demanda el estudio de las fuentes del Derecho positivo nacional; la segunda, el de las fuentes teóricas o abstractas que Pillet ha llamado generales.

Impropriamente, y sólo por la claridad de la explicación, nos vemos obligados a hablar de un *Derecho Internacional local*; pero el contenido de este concepto no es otro que el de las prescripciones y máximas incorporadas en el derecho interno, legislado, y que tienen obligadamente una trascen-

dencia espacial. Las fórmulas internacionales del derecho nacional, son evidentemente derecho positivo y sus fuentes no pueden ser sino éstas; la ley, el tratado y la doctrina.

Se dirá que omitimos otras fuentes de apreciable valor como la costumbre y la jurisprudencia. A nuestro modo de ver estas fuentes suponen la existencia de la Ley. Tocante a la costumbre, no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella. La jurisprudencia, igualmente, parte de la aplicación de las leyes, de la interpretación que las ha dado el juez, sobre los casos sometidos a su conocimiento. La jurisprudencia tiene un papel regulador porque ha desentrañado todo el contenido vital de la ley; y porque procura armonizar las resoluciones. Pero no hay jurisprudencia sin ley. La doctrina sí cumple un papel innovador; su entraña filosófica acciona sobre la ley, la corrije, la hace más justa. Y por ello una buena doctrina deja expedito el camino para las buenas leyes. La costumbre y la jurisprudencia, son, según acertado pensamiento de Jitta, satélites de la Ley; y por lo mismo, al estudiar esta fuente, no puede prescindirse de los elementos que le son anexos.

Opinamos, por las razones anotadas, que la ley es la primera fuente del Derecho Civil Internacional, local, positivo o especial. Ella tiene notable influencia en la formación del derecho, porque ha recogido en un momento histórico dado, la fuerza de las costumbres, el pensamiento doctrinario y las enseñanzas de la jurisprudencia. Una ley es expresión de realidades humanas; y cuando carece de este carácter esencial, es meramente teórica; no es de la vida, está fuera de ella y contra ella. Las leyes teóricas son símbolos mentirosos de una cultura, y revelan, de ordinario, un principio de disolución social.

La ley, una vez que nace como tal, por el fondo y por la forma, en virtud de la acción legislativa, está destinada a regir en el territorio del Estado, pero no indistintamente sobre todas las personas que en él residan. Habrán extranjeros que invoquen su ley personal para ciertos aspectos del derecho; y en la misma forma, seguirá al nacional en el extranjero. De lo contrario, nos quedaríamos en la territorialidad absoluta, incapaz de servir las exigencias de la evolución humana. Es postulado de la ley moderna, la implícita restricción a la soberanía extranjera. De igual modo, contiene la virtud de aminorar su imperio para ceder el campo a la eficacia de

un principio jurídico extraño, cuando así lo demandan las necesidades de la solidaridad internacional. Antes, la regla fue la de la territorialidad. Hoy, no hay inconveniente para aceptar la extraterritorialidad, con las excepciones que implica la consideración del orden público.

Significada así la misión de la Ley, es indudable que ella viene a ser una fuente del Derecho Civil Internacional positivo. Pero actualmente, y junto con los elementos que le son anexos: costumbre, jurisprudencia, etc., origina, forma, desarrolla y alimenta los sistemas jurídicos propios de cada pueblo. En ningún caso la ley, de procedencia todavía localista, podrá engendrar una doctrina general común. Lo que la ley es para el Derecho Civil Internacional Local, como fuente, no lo es para el Derecho Civil Internacional, como Teoría General. No puede hablarse, hemos dicho, de una sociedad civil totalizada; y en consecuencia, no puede aceptarse poder legislativo de jurisdicción universal. Laurent dice, con sobrada razón, que nuestro derecho tiene un carácter universal por su naturaleza; y que, por lo mismo habría una contradicción al querer establecer fórmulas para regir relaciones internacionales por medio de leyes particulares y necesariamente diversas.

En síntesis: La carencia de leyes de orden internacional, obligatorias para una que podría llamarse sociedad civil universal, hace que la ley no pueda constituir una fuente del Derecho Civil Internacional General, aunque mantenga tal carácter con respecto a los sistemas internacionales civiles positivos.

La costumbre y la jurisprudencia que son fuentes del Derecho positivo, podrán también serlo del Civil Internacional?

Posada llama a la costumbre: *hacer jurídico exponáneo del pueblo*. En lo internacional no hay *pueblo* sino *pueblos*, no hay costumbre sino costumbres varias. ¿Dónde la uniformidad de una costumbre internacional?

Fiore, refiriéndose a las leyes, afirma que su diversidad es un hecho natural y necesario. Natural, porque la ley revela las necesidades especiales de cada pueblo. Necesario, porque el progreso es diferente en cada orden de vida colectiva; y la variedad es precisamente la expresión de ese progreso. Lo que se dice de las leyes, se puede, con mayor razón aplicar a las costumbres. No hay pueblos que tengan las mismas costumbres. Ellas varían con el medio, con la herencia y la raza. Las mismas agrupaciones indoamerica-

nas, comunes por el origen, y bajo la influencia de una misma posibilidad étnica, se han diferenciado cualitativa y cuantitativamente en el transcurso del tiempo. Aventurado sería sostener una costumbre uniforme, porque la variación se observa no sólo de pueblo a pueblo sino de región a región.

En el aspecto internacional, a más de faltar uniformidad en ese *hacer jurídico espontáneo*, hay falta de órganos representativos que pudieran, con ventaja, incorporar esa costumbre, si existiera, en la realidad tangible de una ley. A una costumbre que no existe, y más aún que no puede existir, no se le puede atribuir la calidad de fuente jurídica.

Alcorta cita en su *Texto de Derecho Internacional Privado*, una opinión de Ortolán, según la cual, el imperio de los usos y costumbres es más frecuente y más extenso en el Orden Internacional, porque en éste, no se presenta un legislador común que pudiera restringir el imperio de aquéllos, formulando por escrito la regla de conducta. Este criterio nos parece inaceptable desde todo punto de vista. Primeramente, porque el autor debió probar, ante todo, la existencia de una costumbre internacional. Luego, porque aún en el supuesto de existir, la falta de legislador común, en vez de ser prueba del imperio y autoridad irrestrictas de esa costumbre, viene a ser, al contrario, prueba plena de su ineficacia. Sin el canal de la ley, la costumbre heterogénea y disociada, no puede constituir derecho.

¿Qué decir de la Jurisprudencia? ¿Hay Jurisprudencia Internacional? Es preciso distinguir: puede haber una jurisprudencia de Derecho Internacional Público, como la que surgiría de aplicar uniformemente determinados principios, en materia de arbitraje o de presas marítimas, por ejemplo. Pero en el aspecto de nuestra ciencia, los tribunales internos aplican sus propias leyes. Hay, por lo mismo, tantas jurisprudencias como países. Lo que se constata es una jurisprudencia nacional, y ella, claro es, puede versar sobre la aplicación e interpretación de una ley de alcance internacional. Pero la jurisprudencia hace siempre doctrina; y cuando se funda, o más bien dicho, cuando trabaja sobre formas internacionales del derecho nacional, esa doctrina puede representar dos orientaciones: o se queda en el campo de mera fuente del derecho interno positivo; o es tal la eficacia de sus principios que puede, en un momento dado, inspirar un sistema más o menos extenso y uniforme de Derecho Civil Inter-

nacional. En este último aspecto, la doctrina ha sido fuente tanto para el derecho interno (nacional) como para el internacional.

La doctrina se produce también como acción científica. Escritores y tratadistas elaboran *doctrina*; contribuyen a la formación de una teoría general. Los principios por ellos sostenidos, se imponen con mayor o menor energía, en virtud de la autoridad que les ha dado la razón. Pero la doctrina no tiene fuerza en tanto no haya inspirado las legislaciones, en tanto no se haya convertido en derecho positivo.

¿Cómo se opera esta conversión? Hay un elemento que actúa con notable eficacia para incorporar la doctrina en el derecho positivo, o más bien dicho, para hacer que la doctrina se convierta en principio regulador de realidades humanas. Ese elemento es el tratado. La doctrina, crisol de principios, tiene la ayuda del tratado, en el orden internacional, para amalgamar la teoría con la práctica, la idea pura con la realidad humana.

Por tal razón, no pocos autores, llaman a los tratados elementos auxiliares de las fuentes abstractas.

La asimilación de la doctrina, a fin de que ella rinda su contingente de armonía jurídica, puede hacerse mediante dos formas: 1^a. Exponiéndole, de un modo simultáneo o sucesivo (la sucesividad es la regla) por las legislaciones de los Estados, en una parte del contenido o en todo el contenido del Derecho Civil Internacional. 2^a. Por los tratados. Estos pueden ser de dos clases: a) bilaterales cuando intervienen dos Estados; b) colectivos, cuando intervienen varios Estados. Ambas clases pueden, además, ser particulares o generales, según comprendan determinadas materias, como el matrimonio, divorcio, sucesión, etc., o la totalidad de materias del Derecho Civil Internacional.

Celebrados los tratados, como éstos hacen el papel de la ley, en el orden internacional, lógicamente, la doctrina científica se ha hecho realidad positiva.

Para ampliar la misión de la doctrina, débese, a todo trance, estimular la celebración de tratados, limitándolos primariamente a los pueblos que étnica o históricamente puedan considerarse semejantes (formación continental, a la que responde el Código Bustamante); y extendiéndolos, después a otros grupos de pueblos, yendo de lo particular a lo general, en cuanto a las materias, y de lo limitado a lo extensivo en

cuanto al número de Estados que intervengan en su celebración.

Lo dicho, basta para apreciar la significación exacta de las fuentes del Derecho Civil Internacional; y el importantísimo papel de la doctrina, llamada a extender considerablemente el fin armónico y socializador de esta ciencia.

6. EL MÉTODO.—Planteadas las dos posiciones del Derecho Civil Internacional y estudiadas sus fuentes, aparece, como consecuencia inmediata, la existencia de dos métodos diversos: el uno que responde a la formación de una doctrina común, elaborada fuera de todas las legislaciones; y el otro, que responde al conocimiento de los sistemas legislativos propios de cada país.

La noción de método responde generalmente, al *cómo* se ha de proceder en una investigación cualquiera. El método es el camino, directiva o medio que nos permite adentrarnos con eficacia en el conocimiento de las relaciones jurídicas que estudia la ciencia de que venimos ocupándonos. ¿Qué método debemos seguir para la investigación de esta rama jurídica? De los dos, cuya existencia es paralela a las posiciones del Derecho Civil Internacional, cuál se debiera preferir?

Los métodos en cuestión son: el práctico y el doctrinario o teórico. El primero no puede fundarse sino en las legislaciones, esto es, en el derecho positivo. Utilizando este primer método se puede obtener un conocimiento más o menos perfecto de los sistemas jurídicos de los diversos pueblos. Se puede apreciar con su ayuda, todas las características de las instituciones del derecho civil comunes a todos los Estados; y observar cómo varian de país a país. Aún más, se puede juzgar del orden público en cada derecho positivo. Este método obtiene poderosa ayuda del derecho comparado; y su utilidad es indiscutible. Seguido particularmente por Waechter, ha conducido a algunos autores a rechazar la posibilidad de existencia de un derecho sin sanción. Eleva, por lo tanto, cuantiosamente las funciones del juez, quien debe aplicar la Ley del Estado en cuyo nombre administra justicia. Si esa ley no es susceptible de presentar solución para el caso juzgado, el magistrado debe investigar el sistema general de su legislación y aplicar a las partes el principio más conforme con aquel sistema. Se funda también este método en la prescripción legislativa constante en una gran mayoría de legisla-

ciones, según la que, el Juez está siempre obligado a administrar justicia, sin que le sea dable alegar falta u oscuridad de ley.

Pillet, estudiando este método dice que conduce directamente a una nacionalización del derecho internacional privado; y que sus efectos son los de desarrollar tantos sistemas de este derecho, como países existen en el planeta. Si recordamos lo que se ha dicho al tratarse de la doctrina, como fuente, quedará sin mucho valor el argumento de una nacionalización de la ciencia. Una buena doctrina, hemos manifestado, puede ser acogida espontáneamente por varios pueblos sin necesidad de tratados. La doctrina que pudo haber sido resultado de la jurisprudencia o de la acción científica, ha salido fuera de las fronteras de un Estado, porque la eficacia de los principios de justicia universal consiste precisamente en la virtud que tienen para dilatar sin restricciones su radio de acción (la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, por ejemplo). La justicia no reconoce fronteras ni vallas de ninguna clase; y cuando ella agita la conciencia de la humanidad, demanda una estabilización rápida que se opera por la acogida del principio en la ley (derecho positivo). Igual cosa se ha observado con ciertas leyes que pueden considerarse integrando el contenido del Estatuto personal. Actualmente se encuentra legislado en casi todos los países; y estariamos equivocados si afirmáramos que este sistema que reconoce la extraterritorialidad de las leyes personales, está *nacionalizado*. Al contrario, tiene un alcance universal. En los comienzos de la ciencia, fue solamente doctrina y no ley.

Creemos que el método práctico no siempre ha de producir variedad de sistemas. Este será su característica frecuente, pero no es forzosamente su única manifestación. De otro lado, suministra, con exactitud de datos, la materia prima sobre la que ha de operar el método doctrinario.

Este último, como su nombre lo indica, nada tiene que ver con las legislaciones; extrae de la razón pura, los principios que informarán el derecho positivo y busca normas que puedan, sin obstáculo, ser admitidas universalmente. Trabaja, en una palabra, el porvenir de nuestra ciencia: la armonía, dentro de la variedad natural. Pero si sólo nos sirviéramos del método doctrinario, sacrificaríamos irremediablemente el presente, en tanto no esté formado el esquema completo de la máxima expresión de la justicia.

El profesor Pillet, comparando los dos métodos, y después de sostener que es muy superior el método doctrinario, dice: «En materia de derecho internacional privado, la diversidad de los sistemas equivale a la no existencia del derecho mismo y no hay exageración en adelantar que no existe actualmente derecho internacional privado entre los pueblos civilizados».

No es verdadera esta apreciación, porque si se puede objetar que no hay un derecho de significación universal (correspondiente a una sola sociedad de pueblos, por ejemplo) en cambio es innegable que existe un orden de relaciones que no puede mantenerse sino por el derecho privado internacional (garantías de los extranjeros, leyes extraterritoriales, respeto a los derechos adquiridos, ejecución de sentencias extranjeras, etc.).

Para evitar conclusiones un poco extremistas, es nuestro afán contemplar con ecuanimidad los dos métodos. Sin el práctico no se soluciona el presente. Aquél puede no dar soluciones que satisfagan, pero en cambio hace conocer el campo sobre el cual se debe operar con más energía. Por ello, en nuestro concepto, no puede decirse que el un método sea mejor que el otro. Ambos deben ser usados por igual grado, porque mientras el práctico resuelve el presente, el doctrinario prepara el porvenir de la ciencia, corrige los sistemas, y busca el fin de fines: permanencia en los derechos de las personas, garantía de su ejercicio, y justicia en la protección. (Derecho social inalienable, extraño a la subordinación política).

7. LA CODIFICACIÓN: ENSAYOS EN AMÉRICA.—Si dedicamos la atención al derecho civil de cada pueblo, observaremos que por su uniformidad y homogeneidad, se ha prestado a codificaciones más o menos completas o perfectas. La forma frecuente del derecho civil nacional es la codificada, sin que se excluya ni se niegue la realidad de un derecho no escrito o consuetudinario. Todas las dificultades que han puesto de relieve los impugnadores de la codificación han podido ser vencidas por las calidades del derecho nacional: limitado, uniforme, estable y regular.

Quizás varie la situación completamente si consideramos el Derecho Civil Internacional. Aquí fue, precisamente, donde se pensó encontrar obstáculos insalvables. El hecho frecuente de la compenetración recíproca, multiplica con infinita

variedad las relaciones jurídicas; ellas adquieren contornos y proyecciones insospechados. No hay estabilidad ni reposo. ¿Cómo hablar de una codificación? Este ha sido el argumento capital de los escritores opuestos a la tendencia codificadora, argumento que, desde luego, no es irrefutable. Investiguemos la razón: es muy sencilla. Todo el error en las apreciaciones al respecto, ha provenido simplemente de una equívocada noción de *código*. De ordinario se ha creído que un código es un organismo completo, acabado e intocable. Se ha supuesto que hay en él algo de sagrado; una respetabilidad tal que todas las generaciones deben rendirse ante su perfección. Nada de esto es verdad; y por tanto, no es del caso tener miedo a los códigos ni a las codificaciones.

Un Código no responde sino a dos necesidades: organización y certidumbre de las reglas jurídicas, por un lado; y por otro, transparencia de la realidad de necesidades sociales, en un período determinado. Por tanto, una misma organización, no puede servir para toda la vida porque nada hay eterno en la existencia; ni la realidad de necesidades sociales, puede ser la misma en el curso del tiempo. De aquí que todo código, debe tener una significación relativa. Darle el valor de cosa sagrada sería desconocer la evolución y la cambiabilidad del medio social, cuyo reflejo es la ley. El sentido absolutista en que se toman los códigos, ha producido, particularmente en los países de hispanoamérica, la fosilización de las instituciones jurídicas. Todavía se mantiene el influjo de la conquista y del coloniaje castellanos en muchas leyes. Puede verse en ellas el contraste que presenta el juego de una idea operante que fue para un tiempo ya pasado, con la realidad presente, que no encuentra ni puede encontrar en esas leyes la satisfacción de sus necesidades auténticas. Aquéllas son propiamente teóricas, porque no están de acuerdo con el sentido cultural medio de la sociedad en que rigen.

El empecinamiento de muchos escritores y publicistas del siglo XVIII, en considerar a los códigos como obra acabada, ha contribuido para que se crea que toda obra de codificación es un freno paralizador del libre desenvolvimiento jurídico. Harrison, por ejemplo, sin pertenecer del todo a aquella tendencia, expone los siguientes argumentos en contra de la codificación: 1º. Existencia del Derecho Internacional Privado sólo en las diversas legislaciones nacionales. 2º. Discrepancia de esas legislaciones, en virtud de tener cada una su

individualidad, por razones de historia, tradición, medio ambiente, etc. 3º. Derecho Internacional Privado variable, por su propia naturaleza, y que, por lo mismo, no puede tener universalidad aunque se lo concrete en un código.

Este razonamiento adolece de falsedad. Antes hemos explicado las dos posiciones de la ciencia, los métodos y las fuentes que corresponden a ellas. Con esos antecedentes, en ningún caso podemos pensar que lo que se codifique sea el contingente heterogéneo de los sistemas de cada pueblo. Un código, entonces, no vendría a representar sino la síntesis de las legislaciones nacionales con todos sus sistemas diversos. Y tal obra sería una infantilidad.

Por las mismas razones no aceptamos el punto de vista de Anzilotti, para quien la codificación es inoportuna por falta de órganos adecuados para interpretar y aplicar uniformemente el código, y por la discrepancia de los conceptos jurídicos sobre las materias del Derecho Internacional Privado.

Nuestra opinión es la de que la certidumbre jurídica, necesaria, sobre todo en el orden internacional, no puede asegurarse sino por medio de códigos; pero su realización debe atravesar por ciertos grados para obtener la eficacia deseada. Estos grados debieran ser: 1º. La codificación doctrinaria, debe preceder a la diplomática. 2º. La Codificación parcial debe preceder a la total, por razón de las materias; y 3º. La codificación continental debe preceder a la general, en razón de la extensión.

Anotemos sumariamente los esfuerzos realizados en América sobre este importante punto de la materia.

La preocupación de codificar el Derecho Internacional, agitó vivamente la conciencia americana, tan pronto como se consolidó la obra de la libertad. Los pueblos de nuestro continente aspiraron, desde un principio, a definir y concretar las reglas de derecho aplicables en sus relaciones recíprocas. Los primeros esfuerzos se encaminaron a la codificación del derecho Internacional Público. Tocante al Privado, América no podía desconocer la necesidad de uniformar los sistemas legislativos. En ambas ramas, ha procedido con decidido empeño y su aporte es valioso para el desenvolvimiento científico general. Así lo reconoce el profesor colombiano J. M. Yépez en su interesante libro titulado: *La contribución de la América Latina al desenvolvimiento del Derecho Internacional Público y Privado.*

Limitándonos a éste, anotamos como contingente netamente americano, el siguiente:

La convocatoria inicial del Gobierno del Perú en 1877, para la celebración del Congreso que se realizó en Lima. Su objeto fue la codificación del Derecho Internacional Privado. Los Estados representados suscribieron un Tratado que consultaba el establecimiento de reglas uniformes para las siguientes materias: estado civil y capacidad jurídica de las personas; reglamentación de los bienes situados en el territorio de cada Estado contratante, contratos celebrados en país extranjero; matrimonios contraídos por nacionales en el exterior, o por extranjeros en el territorio de cualquier Estado contratante, sucesiones, competencia internacional, ejecución de sentencias extranjeras, etc. No desatendió el Derecho Penal Internacional y estudió la extradición por un Estado de sus propios nacionales aportando principios que revelan un adelanto considerable en esta materia.

El hecho de mayor significación producido en el curso del siglo XIX en lo que dice relación al aspecto que tratamos, fue el Congreso Sud - Americano reunido en Montevideo en los años 1888-89. La aspiración primordial se encaminó a la elaboración de un código general, por razón de la materia. Los principios sustentados, marcaron una nueva era en el desarrollo del Derecho Internacional Privado, porque los tratados de Montevideo, separándose de la teoría, de ordinario aceptada, de la ley nacional, adoptaron el sistema del domicilio, del cual se ha dicho ser más conforme con las necesidades de los países americanos. En este congreso se precisó el alcance y fin de la codificación: armonía de sistemas, no identidad de leyes. Variedad con nexo de concordancia, no unificación ciega, concretaron los lineamientos de un proceso integral de nuestra ciencia.

Pueden anotarse también otras iniciativas, como la de la ley que Colombia dictó en 1898, encaminada a procurar la reunión en Bogotá de un Congreso Internacional formado por los plenipotenciarios de las repúblicas latino-Americanas, y cuya misión sería, la de definir y precisar la condición de los extranjeros, problema que ha preocupado mucho a nuestro Continente, en el cual, la inmigración ha desempeñado función primordial. El planteamiento de este asunto reveló la acogida favorable del sistema de la igualdad jurídica tocante a los derechos civiles. Así lo demuestran las convenciones pro-

puestas y adoptadas por las delegaciones americanas en las Conferencias de Washington y Méjico de 1889 y de 1901 y 1902. La condición de los extranjeros fue objeto de especial interés y regulación en la convención aprobada por la Sexta Conferencia Panamericana de la Habana de 1928.

Hagamos referencia particular a la labor de las Conferencias Panamericanas, en lo que atañe a la codificación.

La segunda de Méjico, correspondiente a los años 1901-1902, auspició la idea de elaborar dos códigos, uno de derecho internacional Público, y otro, de Privado. Una comisión de jurisconsultos debía presentar estos códigos a la consideración de la próxima conferencia, o sea, la tercera, de Río Janeiro, de 1906, la que modificó el método adoptado por la anterior. La cuarta Conferencia Panamericana de Buenos Aires, de 1910, confirmó la convención de Río Janeiro sobre la base del establecimiento de una Comisión de juristas encargados de la codificación. La Asamblea de Jurisconsultos tuvo su primera reunión en Río Janeiro en 1912; y en ella, tres eminentes juristas americanos, los doctores Epitacio Pessoa y Rodríguez Pereira, brasileños y Alejandro Alvarez, chileno, presentaron trabajos científicos muy importantes. Pessoa elaboró un proyecto sistemático de código de Derecho Internacional Público. Rodríguez Pereira dedicó su labor a la codificación del privado y Alejandro Alvarez presentó su notable investigación acerca de *La Codificación del Derecho Internacional*. La Asamblea creyó oportuno no aceptar por lo pronto ninguno de esos proyectos y se inclinó por la conveniencia de nombrar comisiones que debían estudiar detalladamente las diversas materias de ambos derechos.

La Guerra Europea obstaculizó el trabajo de las comisiones designadas. La quinta Conferencia Panamericana de Santiago de Chile, en 1923, volvió a ocuparse del aspecto de la codificación, sentando el principio de que ella debía practicarse de un modo gradual y progresivo, tocante al derecho Internacional Público, y aceptando el criterio opuesto en lo que respecta al Privado. En 1927, la Asamblea de Jurisconsultos celebró su segunda reunión en Río Janeiro, y aparte de los treinta proyectos de convenciones de derecho Internacional Público, presentados por el Instituto Americano de Derecho Internacional, le tocó discutir y aceptar el Código de Derecho Internacional Privado del jurisconsulto cubano, Juez de la Corte Permanente de Justicia Internacional, el doc-

tor Sánchez de Bustamante. Este Código fue votado y aceptado en sesión plena de la Sexta Conferencia Panamericana, el día 13 de febrero de 1928.

Con razón se ha dicho que el Código Bustamente es una de las iniciativas más trascendentales para la América. Es la coronación de un proceso que dura cerca de treinta años y cuya significación es, ante todo, de solidaridad y fraternidad continentales. Ha sido ratificado casi por la totalidad de países americanos, inclusive por el nuestro, que lo ratificó, por Acuerdo del Senado del año 1932, habiéndose declarado ley de la República, por Decreto Ejecutivo.

El estudio de las materias de este Código, lo hacemos en el capítulo correspondiente a los problemas del Derecho Civil Internacional en la Legislación Ecuatoriana.

8º. HISTORIA SUMARIA DEL DESENVOLVIMIENTO.—Hay razón de no descuidar la historia de la ciencia que estudiamos. Una ligera reseña, adecuada a la extensión de esta Guía, podrá suministrarnos el conocimiento de los principales procesos por los que ha ido sucediéndose el Derecho Civil Internacional. Hemos tomado, para el efecto, las indicaciones generales contenidas en las obras de Wharton, Fiore, Brocher, Bar, Laurent y otros. Reconociendo su autoridad, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

La antiguedad no conoce el *derecho de gentes*, ni posee nociones de Derecho Civil Internacional. El aislamiento en que vivieron los pueblos del mundo antiguo, explica tal estado de cosas. Prevalece la ley de la fuerza; y el mismo comercio, del que se ha dicho ser la causa del acercamiento entre pueblos, se identifica, al comienzo, con la piratería. En ningún caso, esa actividad podía contribuir al establecimiento de relaciones pacíficas, jurídicas. La misma Atenas, hizo de la fuerza una doctrina. Si el Oriente teocrático consideró al extranjero como un ser impuro, Grecia lo asimiló al bárbaro, colocándolo en el mismo plano del esclavo; y Roma en sus XII Tablas, lo juzgó como enemigo.

Sólo posteriormente, arroja la historia de Grecia un hecho de significación, que da la medida de una tolerancia al extranjero en su territorio. Queremos referirnos a los tratados *isopolíticos* y a los decretos de concesión de derechos. A falta de Decretos y Tratados, la situación del extranjero no está garantizada.

Roma continúa la obra de Grecia. Se la ha juzgado superior a ésta, por haberse interpretado las instituciones del *ius gentium* y el *ius feiale* como necesidad de introducir el derecho en las relaciones internacionales. Pero, hay que notar que un derecho internacional supone reconocimiento recíproco de deberes y derechos. Roma no los reconoce a favor de ningún pueblo. En la Roma de los primeros tiempos, el extranjero es enemigo; y sólo por una posterior evolución, se le consideró *peregrino*, templándose así el criterio hostil de las XII Tablas. El *peregrino* tuvo un magistrado especial para conocer de los asuntos con otros *peregrinos* o con ciudadanos. He aquí el primer aporte. Los demás grados de la trayectoria hacia la justicia general se los constata dentro de los varios períodos que recorre la sociedad romana hasta su extinción. Las instituciones de la *hospitalidad* y el *patronato*, revelan un progreso mayor. Ambas son contratos entre Roma y los extranjeros, pero para casos limitados.

No podemos creer que esas instituciones supongan un verdadero derecho civil internacional, porque es la concepción misma del derecho la que se encuentra viciada. La particularidad y el exclusivismo, no permiten intentar, siquiera, una generalización humana. ¿Cómo hablar del Derecho Civil Internacional, si el derecho es patrimonio del *ciudadano* y no de la persona? Un derecho clasista, mantenedor de la vieja lucha entre el patriciado y los plebeyos, debió, unas veces, fortificarse si resultaba vencedor el primero. Debió ceder, como efectivamente cedió, si resultaban vencedores los plebeyos. Esto en el orden interno. En el orden externo, la preeminencia de las armas y el orgullo de las victorias eran hostiles para los otros pueblos que estaban fuera de todo reconocimiento jurídico. Esa gran porción de humanidad llamada *bárbara* hubo de caer sobre Roma y abatir su grandeza. La barbarie hace palpitarse la historia con un nuevo ritmo. El invasor no se funde; se yuxtapone. Hay coexistencia de leyes diversas. Romanos y germanos aplican las suyas propias. La individualidad germanica, en relación con una libertad nativa, hubo de aportar el principio de la personalidad del derecho. Cada grupo invasor se rigió por sus leyes, y hubieron tantas, cuantas fueron las nacionalidades que invadieron la antigua Roma.

La ley personal no tiene sin embargo una aplicación irrestricta. El procedimiento le va consagrando algunas excepciones que Savigny las ha estudiado detalladamente. Algu-

nas de ellas son las siguientes: el hijo sin representación legal, puede preferir la ley a la que quiere atenerse. El matrimonio virtualiza la ley del marido, pero la mujer conserva su ciudadanía de origen, readquiriendo su ley personal en caso de viudez. La Iglesia y el Clero quedaron sometidos a la ley romana.

Algunos autores opinan que la invasión germánica que produjo el sistema de la personalidad del derecho, ha tenido poca o ninguna significación en el desenvolvimiento del Derecho Civil Internacional. Si se considera que tanto la ley romana como la ley bárbara fueron excluyentes, la invasión, por tanto, no hizo sino producir la vivencia de un estado dentro de otro. Si ningún derecho cedia, no era posible hablar de relaciones internacionales, en el sentido preciso de estos términos. Pero la invasión, siendo la causa de una diversidad de sistemas, templó el exclusivismo de la ley romana y produjo el germen de la ley nacional. Tal significado tiene para nosotros la eclosión bárbara que es el comienzo mismo de una tonalidad nueva en los procesos históricos.

Las agrupaciones de invasores hubieron de adquirir una localización fija, para coexistir con el elemento invadido. El suelo aseguró el nexo del feudalismo, por la gran autoridad de la tierra sobre el hombre. El elemento personal del derecho establecido por los bárbaros, pasó a ser territorial. No se concibieron personas ni cosas fuera de la ley del suelo. Y entre los dos principios que nos va suministrando la evolución: la personalidad y la realidad, no puede haber transacción. Ambos contienen alguna verdad pero como son absolutistas, son falsos. La ley personal irrestricta, afecta al concepto del Estado; la ley real, base de la feudalidad, convierte al hombre en accesorio del suelo. Se pensó entonces en asignar a cada sistema su justo límite. El tiempo ha trabajado en este sentido, pero la iniciación corresponde a los Glosadores.

Ellos accionaron en pleno feudalismo, cuando estuvo en vigor la regla de que toda costumbre debía reputarse real o territorial, esto es, que debía regir sobre todas las personas y cosas que se encontrasen en el territorio de los señoríos. En Francia se denominaron *costumbres* o *consuetudes* y en Italia, *Estatutos*. Ambos tuvieron el mismo origen, en tanto emanaron de los usos de los pueblos germanos. Por tal causa, el derecho estatutario, era un derecho bárbaro; y los Glosa-

dores, sin negarle su autoridad, no pudieron hacer otra cosa que rendir ciego homenaje al Derecho Romano. Creyeron que la verdad podía encontrarse sólo en sus textos. Cuando reconocían fuerza obligatoria a algún estatuto, lo rodeaban de restricciones y asimilándolo a los pactos, sostenían que los estatutos no pueden derogar las buenas costumbres, el orden público ni el derecho divino y humano. Los estatutos derogatorios, sobre todo, estuvieron sujetos a la más estricta interpretación.

La autoridad de la ley romana, valió para que los Glosadores la interpretasen a su modo, asignándole un alcance que no podía tener. La realidad les presentaba la concreción del derecho bárbaro y era forzoso darle su respectivo valor. Pero la valoración la practicaron mediante el derecho romano, aceptando sin discusión el criterio de su universalidad. Comenzó la distinción de los estatutos en *personales* y *reales*, al igual que las costumbres. Bartolo es el primero que se ocupa de esta distinción, pero procede sobre una base tan infantil y desprovista de valor científico que sorprende, cómo un jurisconsulto de tanto prestigio, a quien se le calificó de padre del derecho, pudo haberse inclinado a pensar que la naturaleza de un estatuto podía depender de las palabras que se habían usado al redactarlo. De modo que si nombraba primeramente a la persona, era personal; si a la cosa, real. Esta distinción la practicó al realizar su comentario del Código de Justiniano en el título *de la Santa Trinidad y de la fe Católica*, sin que pueda saberse qué relación podía existir entre un dogma y una doctrina, entre la ley *cunctos populos* y los Estatutos.

La obra de Bartolo y en general de los Glosadores, es la base de la escuela estatutaria. Los estatutarios proceden de aquéllos, y son sus discípulos, obedeciendo a esta razón el que frecuentemente sean citados en sus obras, con la mas respetuosa invocación de su autoridad. Los estatutarios acogen la materia prima suministrada por los Glosadores y se ocupan durante siglos de interpretar su pensamiento, remozar y vigorizar el contingente jurídico que ellos aportaron a la historia. Las glosas fueron el germen que debía madurar mas tarde en las ideas de jurisconsultos tan famosos como Dumoulin y d'Argentre cuya labor representa un tributo considerable al desenvolvimiento del Derecho Civil Internacional.

El análisis de la doctrina estatutaria, y sus aplicaciones dentro de las diversas escuelas, se juzgarán con mayor dete-

nimiento en el capítulo correspondiente a los medios generales para la solución de los conflictos de leyes; siendo del caso advertir que este aspecto es el único que preocupó a los estatutarios, quienes no sostuvieron doctrina alguna, que se encaminara a reconocer una condición jurídica para los extranjeros. A esto se debe que derechos como el de *aubana* y *albinagio* se hubieran mantenido hasta la Revolución Francesa.

Fiore nos manifiesta que desde el siglo X, fue designado con el nombre de *aubana*, el derecho de apropiarse de los bienes del extranjero que fallecía en el dominio de los señores. Esta costumbre se practica durante el feudalismo; la acogen Francia e Inglaterra. Este país establece que ningún extranjero podía llegar a ser propietario de tierras y que, caso de adquirirlas, debían ser restituidas al Rey a título de derecho de *albinagio*.

Estanislao Zeballos, en sus notas puestas a la obra de Weiss, hace notar que los estatutarios se contentaron con movilizar el derecho, en nombre de la cortesía. Este era un gran progreso, frente al concepto de la territorialidad absoluta de las leyes. Además, en el seno mismo del despotismo, preparan el advenimiento de las dos grandes escuelas del siglo XIX: la de Savigny y la de Manccini, o sean las teorías de la comunidad jurídica y de la personalidad del derecho que difieren solamente en los modos de obrar: nacionalidad y domicilio.

El movimiento que se inicia en el siglo XIX, pone de manifiesto los comienzos de la consolidación científica. Se asiste a la formación de doctrinas de base filosófica que tienen la autoridad de la razón, esa razón que obra en el sentido del perfeccionamiento humano, depurando sucesivamente los prejuicios que la organización social ha mantenido como grandes verdades.

Surgen las doctrinas alemanas, de Waechter, Schaeffner y Savigny, que se apartan notablemente de los principios de los estatutarios. A este mismo movimiento corresponde la teoría de Manccini sustentada en 1851. Sentada la teoría de las nacionalidades se reconoce que la única ley que responde a sus necesidades, es la ley nacional, la ley de la patria, frente a la doctrina de Savigny, para quien la ley del domicilio es la expresión de la libertad civil de la persona. Las dos tendencias abren un período de intensa acción científica. Se

agotan los argumentos en pro y en contra y se obtiene como resultado efectivo la concretación de ideas acerca del vínculo de la nacionalidad con sus características propias que reobran sobre el concepto del Estado, así como también la apreciación exacta del domicilio, en cuanto es residencia acompañada real o presuntivamente del ánimo de permanecer en un lugar determinado. ¿A cuál de estos vínculos, dar la preferencia? ¿Cuál de ellos asegura más efectivamente los derechos de la persona? Oportunamente hemos de determinar los inconvenientes y ventajas de cada uno de los sistemas, la aplicación de ellos en las diversas legislaciones, y particularmente en la nuestra. Hoy no hacemos sino constatar los lineamientos generales del desarrollo del Derecho Civil Internacional, ciencia que, así como los demás órdenes del conocimiento, se ha ido elevando progresivamente desde un estado primario a una máxima culminación, a la que se asiste en los tiempos presentes. Tiene mucha aplicación la llamada ley de los tres estados de Comte, caracterizada por tres períodos definidos: el teológico, el metafísico y el científico. En nuestra materia, el primero está representado por Bartolo. El maestro de la ciencia vinculó una realidad jurídica al dogma de la Santa Trinidad. Los estatutarios fueron metafísicos. Alcanzaron los primeros principios pero no pudieron explicarlos. El siglo XIX inicia el movimiento científico. La razón obra en el sentido de la suprema comprensión de la vida.

El siglo XX continúa esta trayectoria. Se asistirá, con toda seguridad, al cambio en la concepción misma del derecho. Se acogerán las inquietudes producidas por nuevos factores, entre los cuales, el económico, abrirá ancho cauce a las transformaciones jurídicas generales.

NOTA.—La continuación, en los próximos números.