

Biblioteca de la Facultad de Derecho

Fecha da 8/3/1954
Número 56258
Precio \$0.40
Clasificación I.V.H.

1954

D. D. Alberto Viera. Recuerdo de [e]
UNIVERSIDAD DE MONTEVIDEO *la afmo*

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

56258

EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

Y

SUS FUNDAMENTOS

TESIS

Presentada para optar al grado de Doctor en Jurisprudencia

POR

ATILIO C. BRÍGNOLE



UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

MONTEVIDEO

TIPOGRAFÍA BRITÁNICA, CALLE CERRITO 178

1894

Catalogado 20...21

Copia1.....

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

GLAUSTRO DE LA FAGULTAD

RECTOR:

DOCTOR DON PABLO DE-MARÍA.

DECANO:

DOCTOR DON EDUARDO BRITO DEL PINO.

CATEDRÁTICOS:

Filosofía del Derecho. . . .	Dr. D. Federico E. Acosta y Lara.
Derecho Romano	» » Luis Piñeiro del Campo.
Derecho Civil	» » Juan P. Castro.
» »	» » Serapio del Castillo.
Derecho Comercial	» » Eduardo Vargas.
Derecho Penal.	» » Martín C. Martínez.
Derecho Constitucional. . .	» » Justino X. de Aréchaga.
Derecho Internacional Pú- blico	» » Antonio M. Rodríguez.
Economía Política.	» » Carlos M. de Pena.
» »	» » Eduardo Acevedo.
Procedimientos Judiciales .	» » Pablo De-María.
» »	» » Eduardo Brito del Pino.
Derecho Administrativo . .	» » Carlos M. de Pena.
Derecho Internacional Pri- vado	» » Gonzalo Ramírez.
Práctica Forense.	» » Alfredo Vázquez Acevedo.
Medicina Legal	» » Elías Regules.

SECRETARIO:

DOCTOR DON ENRIQUE AZAROLA

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA

DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA

DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA

DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

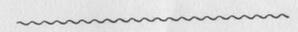
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA

DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA
SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA
DIRECCIÓN GENERAL DE INVESTIGACIONES Y ENSEÑANZA

Padrino de Tesis:

Doctor Don Gonzalo Ramirez



Padrino de Grado:

Doctor Don Carlos M. de Pena

A mis Padres



A mis Hermanos

CAPÍTULO I

¿Qué es el Derecho Internacional Privado?

El espíritu científico, siempre investigador por naturaleza y por hábito, ha formulado en los dominios de la doctrina, esta pregunta: ¿Existe una ciencia del Derecho Internacional Privado? — Y acudiendo á las fuentes solidarias de la teoría y de la práctica, se ha contestado: que en el hecho, es indudable que existe, y se ha manifestado siempre, ó de por sí, ó acompañando los progresos de las ciencias correlativas; constituyendo un Derecho de trascendental importancia, pues sin su existencia en el día moderno, día cuya aspiración más elevada es hacer efectiva con esa sanción material de la práctica la solidaridad de todos los grandes intereses puestos en juego por el acercamiento de las sociedades, ese problema y esa aspiración del *derecho humano*, del ejercicio del derecho amplio y racional en cualquier punto del mundo en que se habite, quedarían reducidos á un vago deseo ó á una banalidad utópica solo con vida en los cerebros de los estadistas que los confeccionan.

Pero del hecho de tener una existencia, y por consiguiente, que *viva* y se traduzcan sus movimientos en resultados de solución como efectos de *hechos* previos, debe seguirse que tal Derecho constituya una ciencia?

Al que no esté prevenido, puede extrañar la duda, pero á poco que se medite, se convencerá de que no es tan extraño que ella subsista, cuando también se ha preguntado: ¿existe una ciencia de las Finanzas? ¿existe una ciencia del Derecho Administrativo? — no habiendo hoy, sin embargo,

57533

30 AGO 2021



quien dude de entre la gente docta, que las finanzas y el Derecho Administrativo son ciencias, ramos de conocimientos cuya importancia no se alcanza á medir con toda su precisión.

Claro que, tratándose de definir toda ciencia, los principios surgen como la norma, como la base que regulan los hechos conforme á ciertas necesidades: ellos forman la parte sustancial que dirige, ordena y clasifica. La dificultad estriba en hallar el principio definido, deslindado, con vida propia y autonómica. Si el principio tiene un motivo de existencia, la ciencia aparece y se deslinda. Si el principio investiga y hay norma, por tanto, que dirige los hechos prácticos en sus distintas manifestaciones, hay ciencia plena, vasta, definida y consciente. El mero procedimiento no deja subsistir ningún elemento técnico.

Investigando, entonces, si el Derecho Internacional Privado se subordina á principios fijos, dirigentes, habremos resuelto la cuestión de una manera asaz exacta.

Transcribimos el argumento que hace el doctor Gonzalo Ramirez en un estudio semejante, el cual, en la ausencia de cualquier otra razón, sería siempre un argumento sólido y preciso. Dice así: "Si no existiese el Derecho Internacional Privado, desaparecería también la razón de ser de todo el Derecho Privado. Supóngase que no es posible determinar la soberanía que tiene jurisdicción para regir las relaciones de derecho, y es bien obvio que si se constata la exactitud de tal premisa, quedaría gravemente comprometida la existencia de todo derecho positivo, sea público ó privado. Podrían las Naciones conservar sus Códigos de Derecho Privado y sus instituciones de Derecho Público, pero carecerían ciertamente de aplicación, desde que no existiese el medio de someter las relaciones jurídicas á un determinado Código ó legislación." En efecto, en estas palabras se en-

cierra la sustancia de la argumentación en doctrina; pero creemos de todo punto indispensable, para resolver con acierto lo que es objeto de nuestro estudio, proceder á un reconocimiento de la estructura, examinar la historia y caracterizar este Derecho mediante una definición que nos permita reconocer clara y eficazmente su caracter de ciencia.

Su historia difiere en lo esencial del caracter que hoy se le dá. Hasta hace muy poco, casi todos los internacionistas le daban una extensión y desarrollo de que carecía. Una de las definiciones que se han dado y que estuvo muy en boga, servirá de ejemplo que corroborará esta afirmación.

Fœlix, concordante con muchos otros comentaristas, definía la ciencia diciendo que es el conjunto de reglas por las cuales se ventilan y resuelven los conflictos entre el Derecho Privado de las diversas naciones. Esta definición, tomada á *prima facie* parece significar que se trata de resolver cuestiones de legislación, ó analíticamente, que el juez llamado á decidir un conflicto en sus dominios, debe indagar cual es la ley más justa y más benéfica por medio de la cual debe aquel solucionarse. Y en este sentido se ha manifestado la opinión de casi todos los internacionalistas, ó por lo menos, si no lo han determinado, lo han dejado entrever, entre la falta de claridad y precisión que han presidido á la confección de sus estudios y de sus principios.

Y esa determinación absurda subsistió en la doctrina al través de los tiempos como un obstáculo á su libre desenvolvimiento. Y no abandonando el campo de la doctrina, esa determinación nunca debió encararse del punto de vista expuesto, puesto que, si tal fué el Derecho Internacional Privado, qué caracteres lo separaban del Derecho Civil, cuál era el deslinde de ambos? La falta de precisión en los

fundamentos de la ciencia ha sido una de las causas poderosas que mantuvieron á la misma en ese estado embrionario en que la encontró Savigny, uno de los más ilustres innovadores en la materia.

Compréndese, y es obvio, que una ciencia así constituida, llega á ser un caos, en que por regla general el *conflicto se soluciona* á expensas de lo previo fundamental y científico.

Y no podría alegarse que en esta materia se ha utilizado con las definiciones, pues ellas han sido claras y concisas, si bien sencillamente erróneas. En consecuencia, no se debe extrañar que tratadistas como el doctor Gonzalo Ramirez, se asombren de que sus predecesores y otros contemporáneos suyos no hayan continuado la ruta de exactitud, precisión y claridad científicas que inauguraron Riquelmi y Brocher.

Este último nos ofrece de una manera gráfica el cuadro aplicable al estudio en cuestión. Entresacamos lo principal en estos términos: "Si dirigimos la vista al mundo exterior, encontramos un número considerable de soberanías que actúan respectivamente sobre un determinado territorio, formando cada una de ellas el centro y la base de una legislación, jurisdicción y administración especial que constituyen lo que se llama un Estado. Es sobre un suelo subdividido en esa forma, que se produce la vida social y jurídica. El desarrollo de esa actividad se encontraría siempre trabado, si cada uno de los elementos de que se compone debiese circunscribir su acción á una de tantas subdivisiones llamadas Estados y no encontrase la protección necesaria fuera del territorio en que se ha formado. Es una necesidad reconocida; necesidad que cada día se hace sentir más vivamente, que en la medida de lo que es posible cada persona tenga la facultad de moverse sobre el vasto ta-

blero del mundo, con la misma libertad y seguridad, que si encerrase su actividad dentro de los límites de un solo Estado. Es necesario que los derechos adquiridos por ella se mantengan y salvaguarden cualquiera que sea el país en que se producen y piden ser protegidos. Todo derecho nace de la combinación de un hecho y de una ley. El hecho lo suministran las circunstancias en cada caso, y es preciso tomarlo tal como se produce; falta averiguar por qué ley debe regirse. La dificultad consiste en una cuestión de competencia internacional. . ."

No puede darse nada más claro y metódicamente expuesto para determinar el objeto de la ciencia; hay en estas palabras de Brocher lo gráfico de la observación y lo determinado de la ciencia en acción; ellas también reasumen el estudio de todas las experiencias acumuladas por el tiempo y hechas á la luz de claros conocimientos.

Mediante lo transcripto, podemos llegar sin dificultad á estas consecuencias: Que el Derecho Internacional Privado es una ciencia exclusivamente práctica que tiene por objeto "reglamentar la competencia respectiva de las soberanías en materia de Derecho Civil, Comercial y Penal."

Es una ciencia, porque aplica los principios técnicos ya señalados de antemano por otras ciencias, cuales son el Derecho Civil, el Comercial y el Penal, y los aplica teniendo en cuenta el derecho en general á que se subordina y el interés de los pueblos de estrechar todas las relaciones que deben ligarlos. Ciencia, porque pone en juego grandes intereses jurídicos que surgen de las relaciones existentes entre un Estado y uno ó más particulares, ó entre los particulares de distintos Estados. Ciencia, porque fija el modo de adquirir y extinguir, derechos de una manera técnica, puesto que para fijarlos tiene en cuenta el Derecho.

Exclusivamente práctica, porque no procede en virtud

de un exámen comparativo de las distintas legislaciones, esto es, no impone una sola ley, como en el órden interno de una Nación, variando la legislación según la soberanía á quien le corresponda imponerla; y porque se hace efectiva por medio de tratados ó Congresos que sancionan la reglamentación de la competencia de las soberanías.

Que tiene por objeto reglamentar la competencia respectiva de las soberanías, porque como lo hace notar Brocher, es en esas soberanías que actúan sobre un territorio dado, donde tienen lugar los hechos jurídicos producidos por las personas, los bienes y los actos, sujetos de tal vida jurídica, y porque en la ausencia de esa reglamentación que constituye la parte esencial de la ciencia, el hombre en todas sus manifestaciones de la vida civil, permanecería aislado en el territorio en que él radica, restringiéndose, por tanto, el dominio del Derecho que debe ser siempre amplio y racional.

En materia de Derecho Civil, Comercial y Penal, porque estos forman la parte del derecho sustantivo cuyos principios debe aplicar la ciencia.

De estas consideraciones hechas para demostrar que es una ciencia y de la definición á que hemos arribado, fluye esta observación: "¿La expresión Derecho Internacional Privado responde al objeto que esta ciencia se propone estudiar?" De aquel estudio se deducen las consecuencias que resolverán esta otra cuestión. En efecto, no haríamos sino reproducir la crítica por medio de la cual se ha evidenciado que esta ciencia no se ocupa de resolver problemas de legislación internacional, sino meramente de jurisdicción internacional, y así patentizaríamos la razón que tiene el doctor Ramirez para insistir sobre este punto, cuanto estudia la misma cuestión y la resuelve con la lógica inflexible que guía su criterio. Este autor nos hace ver como fué el

internacionalista Riquelmi el primero que llamó á esta ciencia Derecho Jurisdiccional Internacional, procediendo en virtud de un análisis preciso sobre la determinación de la *soberanía* y del *señorio jurisdiccional* que son las dos condiciones indispensables para que todo Estado exista como tal. Es lo preciso dentro de lo correcto. Creemos con el estadista uruguayo que hay impropiedad en llamar á la ciencia Derecho Internacional Privado; debiera sustituirse esa denominación por esta otra: Derecho Jurisdiccional Internacional que es la espresión que le conviene atento á las condiciones que determinan su caracter científico. Gracias á Riquelmi y á Ramirez, se ha precisado bien claramente lo que antes era materia de dudas y causa de imperfecciones.

No parece que, determinada así la ciencia que estudiamos, podría confundirse con ninguna otra rama del Derecho en el sentido de considerarla como derivado de otra ciencia. Sin embargo, Laurent lo ha hecho. Este autor ha dicho: "El Derecho Internacional Privado es una rama del Derecho Internacional Público. Es cierto que las reglas que establece conciernen á los intereses privados, pero estas reglas difieren por su naturaleza de las que forman el Derecho Civil. El derecho civil es esencialmente interno, procede del legislador de cada Estado y varía por consiguiente de un Estado á otro. El Derecho Privado Internacional, al contrario, es externo: es el conflicto de las leyes de diferentes naciones lo que le ha dado origen."

Esta es la historia de la mayoría de las definiciones: se hace inútil juego de palabras, sin ser esplicito en lo principal á que no se tributa la preferencia que merece, como si lo accesorio fuera siempre un obstáculo positivo á la delineación de lo clarovidente. Es así que no se puede menos sino condenar semejantes faltas que inducen á tantos otros

errores que se derivan lógicamente como en una cadena de consecuencias.

Nada es más absurdo, en efecto, y en tesis general, sostener que de dos ciencias, distintas por su naturaleza íntima y sustancial, una es rama de la otra. Y particularizándonos, no es posible sostener que el Derecho Jurisdiccional Internacional es una rama del Derecho Internacional Público sin dar al traste con todo lo organizado en los deslindes que separan los distintos campos de las ciencias.

En efecto, ¿qué es el Derecho Internacional Público? — Es el que fija las reglas que gobiernan las relaciones internacionales de los Estados considerados como personas jurídicas. Son relaciones fijas é inalterables que las establece una ley, es decir, que hay siempre una misma norma jurídica que aplicar, dado el hecho de que se ha establecido de antemano en virtud de convenciones libremente estipuladas. ¿Y cómo hemos definido el Jurisdiccional Internacional? Aquel Derecho que reglamenta la competencia respectiva de las soberanías en materia de Derecho Civil, Comercial y Penal, de manera que la ley aplicable varía siempre según la manera de presentarse el conflicto. Y bien, si ambas ciencias quedan así definidas, y se ha hecho el análisis de la última, puede uno siquiera detenerse á comentar el error de Laurent por el que se sostiene que esta última es rama de aquella primera ciencia? La verdad es que el deslinde es virtualmente radical. Bien entendido que estas consideraciones son sin perjuicio de los vínculos de unión siempre factibles que pueden ligarlas. ¿Cuál no es la ciencia que se enlaza con otras? La solidaridad preside siempre los organismos de las ciencias. El lazo de unión entre ambos es el ser un derecho internacional, pero aquí entramos precisamente en el dominio de lo accesorio. Internacional, es sí un caracter esencial de ambas ciencias, puesto que estas de-

saparecerían ni tendría su existencia razón de ser si aquel no se transparentara, pero es accesorio porque él no señala un motivo que afecte la diferenciación orgánica de ambos derechos. Y hablando de las relaciones que ligan las distintas ciencias, entramos de lleno en el terreno de lo particular en la materia que dilucidamos.

En este orden de ideas, creemos que pudo tener razón Chaveau cuando dijo: “el Derecho de Gentes presta sus medios de acción al Derecho Internacional Privado” y explicando la premisa, agregaba: “las concesiones recíprocas de los Estados, en cuanto á la solución de los conflictos de soberanías están consentidas de ordinario por tratados internacionales.” No puede negarse que esta es una relación de armonía, de concordancia. Creemos que sucede lo mismo con los progresos de ambas ciencias: ellos son correlativos, concomitantes; á lo menos hay motivos jurídicos para que ello suceda. “El progreso del Derecho Internacional Privado puede ser considerado como uno de los postulados del Derecho de Gentes”.

Los tratados son el instrumento, cuyo influjo siempre creciente, ordenan y establecen tales progresos. Pero no por existir tales relaciones de armonía, tales lazos de unión en sus respectivas miras igualmente amplias y dilatadas, la autonomía de las ciencias desaparece y se confunden sus caracteres; ella subsiste, establecida por los principios de la teoría y confirmada por las experiencias de la práctica.

CAPÍTULO II

Fundamentos de la ciencia

Varios son los sistemas que se han propuesto por los tratadistas para explicar el fundamento de la ciencia.

I. Zachariæ, uno de sus partidarios, funda así el sistema llamado de la *hostilidad recíproca*: "Si se admitiese que el Derecho de tal Estado, debiera y pudiera ser *puesto en ejecución* en otro Estado, se extendería el *poder legislativo* de aquel sobre este, anulándose así el del último, que es la manifestación del supremo derecho de soberanía. Y siendo los jueces delegados del Gobierno para administrar justicia, no se puede suponer que se les haya dado tal facultad tanto más cuanto que pueden ignorar esas mismas leyes que se les pone en el caso de aplicar."

A poco que se medite, se observará que, así desarrollado, el fundamento es erróneo en todas sus partes, desde su primera consideración en la que se pone de manifiesto que se ignora el verdadero fundamento de tal Derecho, hasta la conclusión que fluye, y por vía de lógica deducción, por la que se niega la existencia del Derecho Jurisdiccional Internacional.

Esa transcripción de Zachariæ nos muestra cuanta era la oscuridad en la determinación del objeto de esta ciencia, cuando en aquel entonces pretendió dársele una extensión que ella no tiene, queriéndola revestir con elementos que no le convienen ni son de su resorte. ¿Qué significa, en efecto, esa *ejecución* del derecho de un Estado en los dominios de otro? Hablar de la efectividad de tal ejecución

es sentar una premisa que no puede existir como fundamento válido; de admitírsela, el Derecho de que nos ocupa resolvería cuestiones de legislación y no de jurisdicción internacional, como lo dejamos constatado. Claro que, siendo ese el fundamento, se invade la soberanía legislativa de un país y se la hiere en lo más íntimo, el juez extiende un poder que la misma soberanía no le ha delegado, y lo que es peor, y confirma observaciones hechas con prioridad, este Derecho Internacional desaparece, no teniendo razón de ser, y se confunde con Derecho Civil. Pero estas conclusiones á que llegamos no obstan á que el Juez de una soberanía dada aplique otra ley que la dictada por el legislador de su país, pues hay otras leyes que se incorporan á la legislación y que no las sanciona privadamente aquel, tales son las disposiciones establecidas por los tratados respectivos. En este sentido, dice correctamente el doctor Alcorta: "hay que observar que es bien distinto — el que un Estado dicte leyes para los casos que *nazcan en su dominio* — y el que *haga valer el derecho*, es decir, el sostener que un cierto hecho actúe en el dominio de una ley determinada." Es un derecho formado que se trata de hacer valer, y la ciencia del Derecho Jurisdiccional Internacional nace y aparece necesariamente para cumplir esa alta aspiración que surge de las relaciones siempre perfectibles que unen á los pueblos civilizados.

II. Otro sistema propuesto como fundamento es el de la cortesía y utilidad recíproca (*ex comitate, ob reciprocam utilitatem*). Se funda así: "Las leyes solo se aplican dentro del territorio del soberano que las dicta, pero un deber de cortesía respecto á los Estados entre sí, y la utilidad recíproca, nos pone en el caso de aplicar las leyes extranjeras á todas las relaciones que sean regidas por ellas, excepto las de orden público."

Este sistema precisa solo en parte el concepto de la ciencia, pero no la caracteriza, porque de allí no se induce un fundamento sólidamente científico, y lo que es más, un fundamento principal. Decir simplemente que por un acto de cortesía y por la utilidad recíproca, se debe aplicar una ley extranjera, es determinar algo accesorio que derivará como consecuencia ó constituirá un motivo concomitante de su fundamento, pero no es delinear la ciencia, no es imprimirle el sello de lo técnico, dejándola con tal oscuridad en la categoría de mero procedimiento; lo cual contraría el carácter de ciencia que se le da y le conviene.

Analizando la definición el comentarista argentino Amancio Alcorta, la refuta en una gran extensión, y á nuestro juicio, de una manera errónea. Dice así: "Si la aplicación de las leyes extranjeras, ó más bien, si el reconocimiento de las relaciones de derecho tales como se han formado, debe depender del interés que les atribuye cada Estado, la existencia del Derecho es imposible, porque es imposible la existencia de principio alguno, en medio de las variaciones que naturalmente imprime aquel. . . . ¿Qué sería de la organización social, que sería de las relaciones de los individuos, si el Estado debiera reconocer ó no los vínculos formados, dirigiéndose solo por el interés que ellos producirán?" En estas palabras tropezamos segunda vez con el error señalado antes. Quien lea esos conceptos del doctor Alcorta creará, sin meditarlo mucho, que, en el dominio del Derecho Jurisdiccional Internacional, están en tela de juicio dos leyes, y que el interés y la justicia van á trabar una lucha encarnizada. Nada más errónea que semejante consideración. Las leyes las crea el legislador en su territorio, ya guiado por la justicia ó por la utilidad. Está, pues, formada, hecha, dispuesta siempre á recibir su sanción según el caso adaptable. En la ciencia en estudio, se trata exclu-

57533'

30 AGO 2021

sivamente de *aplicar* esa ley ya hecha; de manera que cuando el Juez la hace ejecutar en una soberanía dada, no procede en virtud de ningún estudio previo sobre su bondad ó justicia, desde el momento que estos elementos ya han entrado en su composición cuando el legislador la formulaba en su territorio, y siendo esto así, ¿cómo puede hallarse de utilidad ó de interés, calidades puramente accesorias, y cuando solo se trata de *hacer valer el derecho?*

Es realmente complicar el estudio de las cosas, cuando las dificultades no existen.

Por otro lado, Fœlix, uno de los sostenedores del sistema, responde concisamente á los temores del doctor Alcorta y se encarga de destruirlos en estos términos: "Las espresiones *comitas gentium*, conveniencia recíproca, presentan una idea muy general; pero en presencia del infinito número de relaciones que pueden surgir, se ha debido emplear espresiones que tuviesen un sentido general. Frecuentemente, autores y tribunales han entrado en razonamientos filosóficos, pero en el fondo, esos argumentos no constituyen sino motivos de conveniencia recíproca para las dos naciones..." Restringiendo las espresiones de utilidad recíproca, puede subsistir como fundamento, pero solo á título de subordinación á la idea general del Derecho. En el fondo, hay un interés general en todo lo que atañe á la materia; pero ese interés general tiene su raíz en una norma jurídica, técnica.

Ahora bien, el sistema de Fœlix y Story no dibuja los perfiles de la ciencia. Lo prueba el hecho de hablar siempre de aplicación de leyes extranjeras, cuando este no es su caracter, como queda evidenciado.

El sistema de la Nacionalidad

SU ESPOSICIÓN Y CRÍTICA

El sistema de la nacionalidad continúa en el campo de la doctrina. El ha tenido sus intérpretes acalorados, sus defensores acérrimos, y colocado en seguida de los sistemas ya examinados, denota un progreso. Su principio dirigente adquirió matices más acentuados de científico, y su aparición, hay que confesarlo, fué causa de que se tendiera la red vasta de las interpretaciones en el campo de la polémica. Nace, en una época de transformismo, entre la delineación de nacionalidades, cuando sus elementos componentes dispersos é incoherentes hasta allí se agrupaban en derredor de una bandera y tendían á esa unidad á que se aspiraba desde antaño, pero que no podía hacerse efectiva mientras no se recibiera el impulso y el estímulo de una gran revolución que lo trastornaba todo. Tiene, pues, una filiación histórica marcada; alcanzó un cielo de auge pleno, nació entre aclamaciones, brilló con notables estadistas que la comentaron; y hoy no solo decae, sino que perdiendo toda su fuerza y movilidad, se estingue su vida, debido tan solo á una corriente de nuevas y fecundas ideas en que se encauzan los hechos de la vida jurídica de las naciones.

Por lo expuesto, no podemos prescindir del elemento de su historia, que, analizado, nos convencerá de su bondad ó de su mala calidad.

Para conocer los fundamentos del sistema, acudiremos á Laurent, uno de sus más decididos y entusiastas intérpretes. Transcribimos lo esencial en estos términos: "Si cada nación tiene derecho á que su independencia sea respetada por las otras naciones, puede también exigir que los na-



cionales sean regidos en todas partes por la ley personal en lo que concierne á sus intereses privados. En efecto, la nacionalidad y la personalidad se confunden. Creo con De-Maistre que el hombre es una abstracción, que no tiene realidad viva sino como miembro de una nación. Lo que caracteriza al hombre, lo que lo distingue como individuo son los rasgos físicos, intelectuales y morales que constituyen su nacionalidad. Del mismo modo que el hombre es inseparable de su nacionalidad, es inseparable de su derecho nacional — el francés es francés en todas partes, y el derecho francés debe acompañarlo donde quiera que se establezca.”

¡Qué manera tan extraña de introducir la confusión en ideas que, expuestas con claridad y mayor ciencia, nos llevarían muy adelante en el camino del progreso! — ¿Qué significado tienen esas ideas de Laurent en los tiempos que hemos alcanzado, vertidas en el libro con tanta convicción, y encerradas en una lógica tan estrecha? — “Causa asombro” dice el doctor Gonzalo Ramirez, y á la verdad que tal es la expresión que fluye de los labios de aquel que se dedica á estos estudios. Decir que la nacionalidad y la personalidad se confunden, es haber retrocedido en la vía de los ideales civiles y políticos; es haber dado un salto atávico para alcanzar al pleno *germanismo* con que se inaugura la Edad Media; es renegar del triunfo de ideas avanzadas que no solo se proclamaron como divisa de combate, sino que también tuvieron su encarnación en la práctica mediante grandes causas perturbadoras que satisficieron grandes necesidades.

Se explica que mientras no se proclamaran los derechos del hombre, el derecho civil de cada Nación fuese el derecho egoísta de los ciudadanos, por razones de tradición inveterada, añejas preocupaciones, aislamiento de los pueblos, y en tal estado de cosas, se concibe igualmente que

la cortesía hiciera concesiones recíprocas en las relaciones externas de los pueblos. Pero, una vez proclamados los derechos humanos, encarnada la doctrina de este derecho en todos los estadistas que la aplaudían y en las constituciones que la sancionaban, ¿cómo hablar con el lenguaje de Laurent, sin traer aparejado un retroceso en las ideas? — Decir que nacionalidad y personalidad se confunden es extender la soberanía de un país más allá de sus límites jurisdiccionales, — invadiendo los dominios extraños; es absorber la vida territorial de extrañas jurisdicciones; es generalizar demasiado, queriendo domeñar los sucesos con un rigorismo ilógico; es encadenar las manifestaciones de la libertad jurídica, con menosprecio de la idea misma del Derecho; es, en fin, pretender un absurdo jurídico elevado á la categoría de científico con el atributo de patriotismo de que se reviste.

En los tiempos actuales, es incierto que la ley es personal; pudo serlo en las épocas de aislamiento de pueblos, cuando las relaciones entre ellos eran de hostilidad permanente ó de guerra, más no en la época contemporánea donde la idea dominante es la amistad, el acercamiento, y el ideal más grande su triunfo, su continua prepotencia; en aquellas condiciones el extranjero en un país dado, se encontraba en una condición especial — “no era posible considerarlo ni como cosa, porque al fin pertenecía al género humano, ni concederle los derechos de hombre libre, desde que en su calidad de pueblo conquistado, mantenía con el pueblo conquistador las relaciones de siervos y señores. Fué necesario conceder al extranjero ciertos derechos y limitar su concesión” (1) de manera que no llegasen á equipararse, en su extensión, á los derechos del ciudadano.

(1) Ramirez.

Así, el derecho romano creó un derecho de gentes al lado del derecho civil, por el cual se concedían ciertos beneficios del derecho civil al extranjero, esto es, un derecho de equidad al lado del derecho estricto. *Et prætor peregrinus* era el órgano por el que se juzgaban las diferencias entre romanos y extranjeros: esbozo de institución, excepción rudimentaria *impuesta por la fuerza de los hechos*. Esas ideas que el Derecho creador de Roma hizo prácticas, no fueron innovadas en la historia de los demás pueblos sino hasta el día en que la Revolución Francesa en 1789 proclamaba los derechos del hombre, proclamación cuyo significado técnico es conocido de todos. Aquellos juristas al proclamar tales derechos, extendieron su influencia benéfica hasta el derecho civil en donde fué incorporado el principio del derecho civil desnacionalizado, por el cual el derecho privado comprende "aquellas leyes que dan origen á los derechos y obligaciones de las personas con relación á otras personas, ó de las personas con relación á las cosas, en cuanto esas personas forman parte del género humano, sin distinción de nacionalidades." Y esa conquista no se detuvo ahí, fué la conquista de todos los pueblos. La América entera la sancionó en todas sus constituciones, guiada no meramente por las conveniencias políticas, sino por la virtualidad de su idea científica.

La Italia sanciona el mismo principio en su Código Civil. Pero por una falta de lógica y una inconsecuencia grave de doctrina, la ley italiana declara que su ley sigue al italiano á todas partes. Inconsecuencia, porque el Código Italiano decreta la igualdad de los derechos civiles para nacionales y extranjeros como un principio absoluto, ilimitado. Para establecerlo, debió basarse en el principio de la soberanía del territorio italiano, en cuya virtud todo lo que allí se manifieste ó nazca jurídicamente, debe gobernarse por sus

leyes, consecuente con el interés que posee, derivado del señorío jurisdiccional. Se ve, pues, como de un principio inconcuso, exacto y científico, del cual se sirven los partidarios del sistema de la nacionalidad, se hacen derivar consecuencias falsas. Dice Fiore: "La sociedad no es un mecanismo, sino un organismo. El individuo no pierde su personalidad como una gota de agua que se disuelve en el Océano; no es un medio sino un miembro que vive de su propia vida, con derechos que le son transmitidos por la misma naturaleza, etc. Así, los derechos de cada nación, como poder soberano, no pueden limitarse sino en el caso de que lastimen los derechos de las soberanías." Ahora bien, la soberanía legislativa italiana sanciona el principio expuesto más arriba en virtud de las razones dadas, pero no permite que lo sancionen las demás soberanías cuando es llegado el caso jurídico respectivo, al pretender que la ley italiana siga á su connacional á todas partes; y *lastima*, por consiguiente, *los derechos de la soberanía*, puesto que ésta tiene á su vez el mismo derecho para imponer que se rija por sus leyes todo lo que actúe en sus dominios. Por otro lado, esa inconsecuencia hace inútil la proclamación del principio, puesto que el derecho no se concede como un favor; su concepto es más amplio; su círculo es inmenso; hay que hacerlo valer; rodearlo de continuo de garantías para su efectividad y no estrecharlo, cercarlo, atacarlo y reducirlo á la impotencia. En la doctrina, así incompleta, del Código Civil italiano, hay una falta tan grave de lógica, que pierde por completo su carácter de jurídico. Más completo, más jurídico, es el sistema creado por Roma y resucitado en el Código de Napoleón. El miembro informante del Tribunado, decía: "Un estado no es sino una unidad de leyes y de patria á cuyo favor los ciudadanos unidos participan de los efectos civiles del derecho nacional — los que

forman esta unidad son los únicos que pueden reclamar las ventajas que produce. Lo que caracteriza esencialmente el derecho civil, es, pues, ser propio y peculiar á un pueblo y no comunicarse á otras naciones: no se comunica, porque los hombres ligados á una tierra extranjera, ciudadanos ó súbditos en su patria no pueden ser al mismo tiempo ciudadanos en otra parte." Esta doctrina, así desarrollada, sienta un principio y lo lleva hasta sus últimas consecuencias sin contradecirlo. Pero no es eficaz para que constituya el fundamento de una ciencia. Desde luego, hay impropiedad en los conceptos transcriptos: se hace uso de la voz ciudadanos, como si al derecho político fuera unido el derecho civil, como si ambos derechos fueran iguales, siendo así que son dos conceptos enteramente distintos, y que el uno no implica el otro. Proclamado el derecho privado como un derecho humano, dilatado su campo, borradas en gran parte las barreras que separaban á los nacionales y extranjeros, y alcanzados, como precioso resultado, beneficios incalculables para la Humanidad, esa personalidad de la ley de que nos habla Laurent "que se adhiere á los nacionales como sus huesos, circulando en sus venas con su sangre", queda muy atrás de las consideraciones científicas del día que aportan á la decisión de los problemas de la ciencia, datos de luz, de sencillez y de labor sólida.

Ni las consideraciones aparentemente científicas que Mancini hace para sostener el sistema, pueden resistir á los ataques rígidos y llenos de precisión con que el progreso de la ciencia los acomete. Mancini habla del clima, de la temperatura, de la situación geográfica, de la fertilidad del suelo, de las costumbres, todos factores importantes del desarrollo de una sociedad y en los cuales el legislador debe apoyarse para confeccionar su ley interna. Sin quitar en manera alguna la importancia que ellos puedan tener en la

confección de la ley — conclusiones experimentales que hoy todos admiten dentro de una escala gradual de latitudes, — ¿qué tiene de común el derecho interno de cada Nación con ese otro Derecho extenso, superior á toda ley interna, que reclama ser protegido, que pide se le *haga valer* sin dilaciones en la esfera de los actos jurídicos? Para disimular el lado débil del principio fundamental, continúa Mancini: "el hombre desempeña el principal papel en los hechos jurídicos, la familia es la base de la nacionalidad, luego, los derechos de familia hacen parte del derecho nacional, y por lo tanto, las leyes que las establecen son personales". Semeja un razonamiento escolástico. El argumento es un sofisma. Por encima del hombre, accesorio, está la soberanía de un país, que es lo principal; por encima de su voluntad de contratar está el orden público que se manifiesta bajo formas fijas ó irrevocables; al lado de la persona, en el dominio del derecho, se hallan los bienes que afectan esencialmente la soberanía, están los actos jurídicos; y éstos y aquellos puede el legislador hacerlos regir por sus leyes, de una manera imperativa, porque los constituye de orden público. Y admitiéndose, como principio dirigente, el sistema de la nacionalidad, ¿cómo se solucionaría el conflicto que se originase entre esas leyes de orden público del soberano y la ley nacional que llevara consigo el individuo, igualmente de orden público? Los conflictos no tendrían solución. El Derecho Internacional Privado tendería á desaparecer: volveríamos á los tiempos del primitivo aislamiento con el cortejo de hostilidades: habríamos retrocedido. En un estado de cosas como el actual, las concesiones por cortesía tienen un mérito histórico. "La nacionalidad que se trasmite con la sangre de los padres" es un grito de patriotismo local, no un argumento práctico que mira al porvenir de grandes horizontes. En la actualidad, es de

esencia del progreso político que la patria aumente sus fronteras, mancomunándose fraternalmente los intereses de los distintos pueblos, todo lo contrario de lo que pensó Portalis cuando exclamaba “la patria nada significa para el hombre que tiene el mundo por patria: las afecciones se debilitan, generalizándose.” Hoy, no se teme ni debe temerse que la Patria sea grande, si es para hacer efectivo el Derecho. El mundo americano, por lo menos, lo confirma. Las nacionalidades pueden y deben subsistir siempre deslindadas, pero despojadas de aquel egoísmo del aislamiento, tanto más funesto y radical cuanto más distante de la era de la transformación de las ideas que aparejaron brillantemente la regeneración de la Humanidad.

Pero supóngase que el sistema de la Nacionalidad como principio fundamental, no fuese absurdo. Para llevarlo á la práctica ¿sería sencillo ó estaría erizado de dificultades? — El doctor Ramirez se encarga de contestar con esta pregunta: “¿cuál es la sangre que servirá á determinar el derecho nacional ó personal, si el hombre moderno tiene en su organismo sangre de todas las edades?” — Por ejemplo, ¿qué sangre corre en las venas de un francés que se domicilia en un país americano, de padre inglés y de madre italiana? — En nuestros territorios, la dificultad sería diaria é insuperable, dado el hecho de las distintas influencias hereditarias predominantes. Véase, pues, á dónde nos conducen las consecuencias de la aplicación del sistema. Hay más aún: la nacionalidad se pierde por la voluntad del hombre solamente, y mal puede imponerse el principio como fundamento cuando él queda sujeto á la revocación individual.

Podríamos agregar á las reputaciones hechas, este argumento sencillo de Savigny: “un derecho que se llama *internacional*, no puede reposar sobre la *nacionalidad*. El

primero supone la existencia de un derecho universal, común á todos los pueblos, mientras que la segunda despierza la idea de un derecho especial, expresión de un genio particular. ¿Cómo conciliar la universalidad y la particularidad? — El derecho nacional, debe, al contrario, resumirse en el derecho internacional.” Cuando analizemos el sistema de Savigny, señalaremos lo que quiso decir al usar de la expresión *derecho universal*, para evitar equívocos.

También son dignas de respeto y de encomio estas palabras de Brocher: “Las nacionalidades tienen sus tendencias egoistas: la armonía no se puede establecer entre ellas sino recurriendo á una ley superior que las domine, y el objeto del Derecho Internacional Privado consiste precisamente en combinar y en conciliar los dos elementos que le sirven de base.” En efecto, quien dice nacionalidad, dice determinada soberanía que ha dictado leyes que tendrán efecto en determinado territorio; hay, con tal motivo, una cierta localización impuesta por naturales condiciones, tales como territorio, situación geográfica, clima, costumbres, lenguaje, tradición, etc.; localización de la que se deriva, con los años, un egoísmo de raza, como ha ocurrido en los países viejos de la Europa, el cual sirve de base para establecer todas las disposiciones que tiendan á mantener la unidad de la raza, de la familia, de la patria. Pero, esa centralización y absorción se esplican mientras se resuelvan cuestiones de ciudadanía, de derechos políticos; pero es funesta é inútil tratándose de derechos civiles, puesto que tratándose de derechos humanos, si para hacerlos efectivos se les hace regir por el principio de la nacionalidad, se deprime el concepto del Derecho al que no se le deja desenvolverse con espontaneidad, á medida de las necesidades sentidas; y se le

deprime y violenta cuando se pretende encerrarlo en el reducido espacio científico de la nacionalidad.

Razones políticas y de equidad también quitan toda fuerza y crédito al sistema. ¡Qué espectáculo, por ejemplo, se ofrecería en la América! Llegaría el inmigrante europeo á su costas, radicaba en un territorio, ejercía su industria, creaba y aumentaba sus capitales, formaba su familia: en cada uno de esos actos de su vida civil y en los contratos que haría con motivo de los mismos, estaría plenamente garantido por el Código civil local en el cual está sancionado que la ley no reconoce diferencia entre nacionales y extranjeros en cuanto al goce y adquisición de los derechos civiles, pero ese extranjero, en virtud de la ley personal que lo acompaña como un instrumento de transporte y "que se adhiere á sus huesos", impondría á ese soberano que le garantiza su derecho de una manera tan amplia, que no le aplicara su ley, sino la que lo acompañaba. ¡Y sin embargo, esa disposición del soberano es de orden público; no puede ser derogada por la voluntad de los particulares! Hemos dicho que, atento al progreso de las ideas, ya estén encarnadas ó no en los Códigos, el Derecho Privado es un derecho humano; patrimonio, por tanto, de todos los hombres. "Pues bien, dice el doctor Gonzalo Ramirez, porque esos derechos no se conceden al ciudadano sino á todos los habitantes de un Estado, la ley territorial los rige en todas sus relaciones, y cada nación concurre así, dentro de los límites que marcan sus fronteras, al fusionamiento de las distintas razas que la habitan, aplicándoles el derecho civil y no el extranjero, que no haría más que acentuar en el transcurso de los siglos el antagonismo de raza entre nacionales y extranjeros, lo que en definitiva tendría que ceder en perjuicio de los más vitales intereses de la nacionalidad." La idea de patria, como alguien ha dicho, es respetable,

pero no lo es hasta el punto de absorber grandes exigencias sociales, la Patria estraña y la idea del Derecho que está mucho más alto que esa patria localista.

El período histórico del sistema de la nacionalidad ya se ha cumplido: la Italia formada, ha adquirido la estabilidad de otros países europeos, se ha consolidado en sus ideales como la Francia republicana. Sus mismos partidarios aceptan el principio territorial, poseen las grandes convicciones de su buena calidad, abandonan el campo. La Revolución Francesa y toda la América lo han inutilizado. Savigny ha abierto el camino, y Brocher ha planteado el problema con una claridad y sencillez científicas admirables. Y si en el congreso de Lima, pudo verse que aún estaba arraigado por las influencias dominantes, en el Congreso de Montevideo, con Ramirez, Quintana y Saenz Peña al frente, se utilizó el último argumento para desmenuzarlo; y el principio rigorista "ductil como la cera y elástico como la goma" ha sucumbido á los ataques de la libertad y del derecho americanos que aspiran, no á hacer una patria del mundo entero, sino un mundo donde el derecho no solo sea proclamado, sino también practicado con efectividad en la medida extensa de la vida jurídica de todas las naciones.

Sistema de Savigny

LA COMUNIDAD DE DERECHO

Savigny, con la exposición de su sistema, vino á llenar en parte el vacío que se notaba en los dominios fundamentales de la ciencia. El principio de que parte Savigny es bien conocido y familiar en la actualidad, y este tratadista lo desarrolla como guía que señala el *criterium* del fundamento de la ciencia; pero, desgraciadamente, no ha sido bien

explicito en lo relativo á las consecuencias de su aplicación. Con todo, cábele el honor de haber innovado en lo fundamental, siendo uno de los rasgos más salientes de la innovación el haber roto con aquella tradición rudimentaria y falsa de las doctrinas que proclamaban como principal algo que era accesorio. Así, refiere: “La mayor parte de los autores que han escrito sobre *los límites del imperio de cada derecho positivo y sobre las colisiones que resultan de estos límites* (terminología propia de Savigny) se ocupan exclusivamente de las colisiones como del único problema que deben resolver; punto de vista que les perjudica en gran manera.” Estas palabras muestran bien á las claras que jamás se había planteado el principio originario de la ciencia; que, por consiguiente, el concepto de la misma era falso, subordinándose todas las cuestiones á esa calidad puramente accesorio de la colisión, vale decir, que ellas se decidían mediante un estudio de las legislaciones, en virtud de su comparación y exámen, complicando la naturaleza de la ciencia. Y Savigny continuaba: “la filiación natural de las ideas es más bien la siguiente: ¿cuáles son las relaciones de derecho sometidas á estas reglas jurídicas? y ¿á qué reglas se encuentran sometidas las relaciones de derecho? Las cuestiones de colisiones que resultan de los límites del imperio de cada derecho positivo, son, por su naturaleza, cuestiones *subordinadas y secundarias*.” Pero lo transcripto no basta para comprender el pensamiento de Savigny. Llega á examinar el elemento territorio y dice: “El territorio, motivo de la comunidad de derecho, ha suplantado á la nacionalidad por las comunicaciones activas y multiplicadas de los pueblos. El problema es este: ¿cuál es en cada caso el derecho territorial aplicable? Varios autores pretenden resolver esta cuestión por el principio de la independencia de los Estados, y parten de estos dos

principios: 1.º el Estado puede exigir que en todo su territorio no se conozcan otras leyes que las suyas—2.º que ningún Estado puede estender fuera de sus límites la aplicación de sus leyes. Sin desconocer estos principios, se pueden llevar á sus últimos extremos para ayudar á buscar la solución; pero llevarían á rehusar absolutamente la capacidad de derecho á los extranjeros, cuando la tendencia constante del derecho actual ha sido siempre establecer sobre este punto una asimilación perfecta entre los extranjeros y los nacionales. Pero esta igualdad de las personas no decide todavía nada sobre la colisión entre el derecho nacional y los derechos extranjeros. En virtud del derecho riguroso de soberanía podría mandarse evidentemente á los jueces de un país que aplicasen exclusivamente su derecho nacional. Pero semejante prescripción debería rechazarse por las consideraciones siguientes: mientras más numerosas y activas son las relaciones entre los diferentes pueblos, más debemos convencernos de que es preciso renunciar á este principio de exclusión para adoptar el contrario. Por esta causa se tiende á la reciprocidad en la apreciación de las relaciones de derecho, estableciendo entre nacionales y extranjeros una igualdad ante la justicia que reclama el interés de los pueblos y de los individuos. . . . El punto de vista á donde nos llevan estas consideraciones es el de una comunidad de derecho entre los diferentes pueblos. . . . El problema que debe resolverse puede formularse así: determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación. Comparada con el derecho riguroso, de que antes he hablado, esta asimilación puede considerarse como un acuerdo amigable entre los Estados soberanos que admiten leyes originariamente estrañas á fuentes donde sus Tribunales deben buscar el fundamento de la decisión de nume-

rosas relaciones de derecho. Sin embargo, no debe considerarse este acuerdo como efecto de una pura benevolencia, el acto revocable de una voluntad arbitraria, sino más bien como un desenvolvimiento propio del derecho, que sigue en su camino la misma marcha que la regla sobre la colisión entre los derechos particulares del mismo Estado." Solo haciendo íntegra la transcripción, podrá analizarse con fidelidad el sistema.

La idea primordial de Savigny ¿cuál es según la transcripción que dejamos hecha? ¿es la idea abstracta del derecho? ¿es el principio práctico territorial? La verdad es que en toda su exposición no brilla la claridad que resalta en la exposición que hace Brocher de la materia, pero es indudable que ambos autores persiguen un mismo fin, llegan á idéntica conclusión y argumentan teniendo en vista los mismos motivos. Brocher, concluye diciendo: La dificultad consiste en una cuestión de competencia internacional. Y Savigny: El problema puede formularse así: determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esta relación. Los motivos que invocan ambos tratadistas son semejantes: incremento prodigioso de las relaciones internacionales que traen aparejadas relaciones jurídicas en mayor número, y por ende, hacen más posibles y frecuentes las colisiones entre ellas. Y el fin en cuya virtud elaboran todas sus experiencias es el desenvolvimiento espontáneo del Derecho. Pero, hay más simetría en la exposición de Brocher y es más gráfico su contenido: campean la claridad á la par de la concisión rigurosamente científicas. Hay también más decisión en Brocher: esa facultad de moverse sobre el vasto tablero del mundo con la misma libertad y seguridad con que se encierra la actitud individual dentro de los límites de un solo Estado, acusa con eficacia la generación

del principio territorial, presidiendo los fundamentos de la ciencia; mientras que Savigny no se atreve abiertamente á la admisión del principio y no lo proclama, limitándose á señalar que la tendencia diaria del Derecho actual ha sido establecer una asimilación perfecta entre nacionales y extranjeros en cuanto al goce de los derechos civiles. Interín, obsérvese bien que esta referencia de Savigny solo constituye una parte de la cuestión. Es indudable, por otro lado, que Savigny no ha despreciado el elemento territorial, antes bien, le ha concedido relativa importancia, cerciorándose uno de ello, cuando examina la resolución de algunas de las cuestiones particulares de la ciencia llevada á cabo por este autor: lo demuestra el hecho de que Savigny ha innovado en la materia de los actos jurídicos, coincidiendo su resolución con el principio territorial, puesto que según él, los actos jurídicos se gobiernan por la ley del lugar en que van á ejecutarse; y hemos dicho, coincidiendo, porque en efecto, el soberano de dicho lugar tiene un interés inmediato y legítimo en regir por sus leyes todo lo que all va á producir efectos jurídicos. El mismo Savigny dice: el territorio, *motivo* de la comunidad de derecho, ha suplantado á la nacionalidad, etc. Pero, á pesar de todo, se infiere que el gran jurisconsulto alemán no se ha decidido en favor del principio territorial como fundamento director de la resolución de todas las cuestiones, siendo extraño que no obstante tal indecisión, haya formulado bien el problema, fundamental, y tan innovador es en ese sentido que ha servido de guía para iluminar á los que le precedieron, háyanlo ó no modificado. La doctrina de Savigny, es, pues, incompleta: llega á un fin, determina el objeto final, pero no desenvuelve el principio que ha de cumplirlo, no hace mención del *medio* necesario para su efectividad y para su fijeza. A expensas del desarrollo incompleto de su doctrina,

Savigny insiste sobre lo que él llama comunidad de derecho. Se ha comentado la expresión y se la ha interpretado de distinta manera. Así, Laurent pretendió que por ella se aspiraba á la unidad de legislación universal. Es fácil demostrar que Savigny no albergó tal intención por varias razones: primero, porque la conclusión á que llega este internacionalista es contradictoria con esa unidad de legislación; la fórmula "buscar para cada relación de derecho el dominio jurídico á que esta relación pertenezca por su naturaleza" no es conciliable en modo alguno con una ley única; segundo, porque no cabría la existencia del Derecho Jurisdiccional Internacional si dicha unidad se realizara; y tercero, porque el mismo Savigny se encarga de contestar en estos términos: "se ha visto que la colisión entre derechos particulares contradictorios podía ser resuelta por una ley general superior á estos derechos. Semejante solución es inaplicable á las leyes contradictorias de diferentes Estados independientes."

¿Qué ha querido, pues, expresarse con la *comunidad de derecho*? Partiendo de la idea fundamental del derecho humano sancionado gloriosamente por la Revolución Francesa, Savigny desenvuelve y estudia los antecedentes, analiza los hechos á que da lugar aquella sanción y predica el acuerdo entre los Estados para decidir los casos de colisión. La idea en este sentido no es nueva; sin embargo, hay que convenir en que su filiación histórica se resiente del espíritu filosófico en los tiempos antiguos, ya fuera el cosmopolitismo de Platón y de Zenón, ó ya el *summum jus* de Lactancio que exclamaba: el vínculo supremo entre los hombres es la humanidad. Con todo, el principio sancionado por la Revolución Francesa, es, en el fondo, el mismo que hacía decir á Orosio: "romano entre romanos, cristiano entre los cristianos, hombre entre los hombres, en nombre de la ley

imploro el apoyo del Estado, en nombre de mi fe, la conciencia, en nombre de un *derecho común*, la naturaleza," con la gran diferencia, es claro, de que, entonces, era solo una aspiración de individualidades privilegiadas lo que hoy es un hecho eficaz, constante, que corre parejas con el progreso de las ideas.

Savigny, pues, se refería á una uniformidad de principios dirijentes, en cuanto se tratara de hacer práctico el derecho, de garantizar al individuo en todas las partes del mundo, el libre uso de sus facultades diversas, por medios seguros y expeditivos. Era, en una palabra el mismo pensamiento de algunos partidarios de la nacionalidad, era el de Mancini cuando decía: "el supremo principio es la existencia y la independencia recíproca de todas las Naciones bajo la ley universal del derecho." Pero, esta asimilación siempre creciente, no es resultado de un deber de cortesía á que se refiere Laurent, puesto que, como ya se ha dicho, esta cortesía ó nada significa, ó es una mera formalidad que no puede constituir fundamento de algo científico; es, al contrario, valiéndonos de la misma expresión de Laurent, resultado de los movimientos que ha producido la idea. Laurent, que es tan feliz, en muchas ocasiones, para trazar frases gráficas, concluye con esta expresión que explica las ideas de Savigny: es el principio de la unidad humana en el dominio del derecho privado. Parece imposible que se proclame el mismo principio, y no se acepten sus consecuencias, ó al menos, se desvíe, tomando, por ejemplo, el camino tortuoso de la nacionalidad, cuando hay la elección inmediata del territorial.

Ese *desenvolvimiento propio del derecho* es hoy una verdad inconcusa: resistirla ó atacarla sería ir contra la fuerza de las cosas, y mediante su progresivo desarrollo, la *sociedad del género humano* de Leibnitz, ó la divisa de la

fraternidad de 1789 son hechos importantes y videntes que van modelando los principios en ese acercamiento efectivo de cosas, personas y territorios, movidos por ese motor de la asimilación, del progreso, de la simpatía, de la civilización y á despecho de tantas causas perturbadoras que, como eterna rémora, nos presentan el espectáculo renovado y secular de lo que es y de lo que debe ser.

No obstante la deficiencia del sistema de Savigny, él sirvió de punto de partida para fijar los problemas fundamentales de la ciencia, y como hemos afirmado, ha iluminado á los continuadores del estudio. De ahí que de su principio, se hiciesen derivar algunas doctrinas para aplicarlo, vale decir, con el propósito de completar su obra, delineando el *medio* que hubiese de cumplir el fin. De tal manera, han surgido tres doctrinas distintas sustentadas por autores distinguidos. Una de ellas se formula del siguiente modo:

I. Toda relación de derecho debe juzgarse según el lugar donde esté el Tribunal, es decir, con arreglo á la ley del país á que pertenezca el Juez llamado á decidir. Los partidarios de esta doctrina arrancan de aquel principio famoso en las argumentaciones de la ciencia, según el cual un Estado puede exigir que en todo su territorio no se conozcan otras leyes que las suyas; principio primitivo y falso, según resulta del estudio hecho, puesto que sus sostenedores confundieron siempre lastimosamente el hacer valer el derecho y el dictar leyes para que tengan efecto en determinado territorio, como ya creemos haberlo dejado constatado claramente cuando examinamos el sistema de la hostilidad recíproca. Es obvio que el legislador ejerce un dominio exclusivo en sus Estados; es tan obvio y de percepción tan rápida que ningún Estado puede subsistir sin la efectividad de tal principio. Pero de allí no se deduce la imposibilidad

de que un Juez dé curso á una cuestión nacida en otro territorio que aquel en que ejerce su autoridad, esto es, según la terminología, la imposibilidad de que un hecho actúe en el dominio de una ley determinada. A mayor abundamiento, "el punto de vista dominante de la legislación y de la práctica, no es, en modo alguno, el celoso mantenimiento de la autoridad del Juez, sino que, por el contrario existe una tendencia á una verdadera comunidad de derecho, es decir, á juzgar los casos de colisión según la naturaleza íntima y las necesidades de cada relación de derecho, sin tener en cuenta los límites de los diferentes Estados y de su leyes." Esta idea es concomitante de aquella que sirvió á Savigny para desarrollar su sistema, idea que la confirma plenamente. Hay aún una razón más para combatir la doctrina en análisis. ¿Cómo se va á juzgar de los problemas fundamentales de la ciencia, teniendo en consideración una calidad accesoría, cual es el lugar de la situación del Tribunal que va á resolver sobre determinada colisión, es decir, la ley de dicho lugar? Es lo mismo que si en los dominios del Derecho Privado de una Nación, se resolviera sobre la competencia de la materia atento á la personalidad del Magistrado que hubiese elegido el demandante; pues á esto se reduciría más de una vez la fijación de un fundamento tan importante: á la arbitrariedad de una de las partes litigantes. Por ejemplo: en el caso de ser los Tribunales de diferentes lugares igualmente competentes, al demandante elige el que más le plazca. De lo accesorio y de lo arbitrario se hace depender la solidéz de un principio. Esta decisión, es, pues, absolutamente falsa y anti-jurídica. Por otro lado, "la aplicación de la ley *fori*, dice el doctor Ramirez, reduce la materia del Derecho Internacional Privado á puras cuestiones de Derecho Procesal Internacional;" y

hemos demostrado en el Capítulo I que esta es una ciencia bien definida y no un mero procedimiento.

II. Otra doctrina es la de los derechos adquiridos. La desarrollan así: se debe siempre aplicar el derecho local que mantiene los derechos justamente adquiridos. Salta á la vista que esta esposición constituye una verdadera petición de principio. Lo prèvio y lo racional es, precisamente, buscar cuál es el derecho local aplicable para concluir si los derechos han sido justamente adquiridos. Mientras no se decida sobre la competencia, por decirlo así, no es posible entrar al fondo de la cuestión. Esto es lógico.

III. La voluntad de las partes como criterio dirigente es otra de las doctrinas sustentadas. Quiere decir que la voluntad de las partes interesadas en alguna relación jurídica es la que determina la jurisdicción competente, del punto de vista del Derecho Jurisdiccional Internacional. Basta formular la idea para afirmar que no puede constituir un fundamento racional de la cuestión que examinamos. Las razones para sostenerlo son sencillas. La aplicación de tal principio aparecería, sobre todo, en materia de obligaciones, en virtud de aquel aforismo jurídico: la voluntad de las partes es la suprema ley de los contratos. Se trate de dicha materia ó de cualquier otra, antes que la voluntad de las partes hay un orden de cosas superior, establecido bajo reglas de orden público que, sin estinguir esa voluntad, solo la ratifican, cuando no la limitan. Ahora bien, esa voluntad puede omitirse, y entonces, ¿bajo qué condiciones debe admitirse? Y agrega Savigny: La voluntad ¿cuando sería facultativa y cuando se prohibiría por leyes absolutas? — El hecho cierto sería que en algunos casos estaría siempre limitada la voluntad individual por el legislador de cada soberanía, porque es imposible, en el estado actual de la civilización, que la ley interna no contenga disposiciones de orden público, ó

prohibitivas, limitando ó restringiendo el consenso mútuo de los interesados. La base, es, pues, de todo punto deleznable, efímera.

Hay que buscar principios más rigurosos, más lógicos, más científicos. Savigny critica el uso de la expresión autonomía en estos términos. Los autores tienen costumbre de llamar autonomía á este efecto muy general de la voluntad libre. Si para justificarlo se dice que cuando las partes se someten á un derecho existente se dan en realidad una ley, contestaré que mejor todavía corresponde este carácter á la libre elección del domicilio, y, sin embargo, nadie ha considerado esta facultad como un ejercicio de la autonomía." Esta observación llega á corroborar lo expuesto de una manera fehaciente: según estas palabras de Savigny, se deja ver el principio de la soberanía territorial que asoma en sustitución de esa soberanía personal á que se refieren otros autores.

IV. Toda relación jurídica debe ser juzgada según el derecho local del lugar en que ha nacido. Es la regla *locus regit actum* tan generalmente admitida. Savigny la refuta igualmente con argumentos de una evidencia irresistible. Dice: "desde luego es arbitraria esta regla, pues el lugar en que nace una relación jurídica no puede por sí solo é independiente de cualquiera otra consideración, determinar el derecho local aplicable; además, aunque parezca referirse al fondo de las cosas, es puramente de forma. En efecto, el lugar en que nace una relación de derecho jurídicamente hablando, no se nos revela sino por un estudio profundo de la naturaleza individual de dicha relación; y puesta de este modo la cuestión sobre el lugar, lejos de ayudarnos en esta indagación, no puede menos que servirnos de obstáculo." Esto es lo fundamental. El objeto de la crítica de Savigny es solo una parte de la

cuestión. Es la tendencia de todos los internacionalistas á hacer predominar lo accesorio, alejándose de lo espeditivo y eficaz que es lo principal. Las brillantes refutaciones hechas á esta regla por el doctor Gonzalo Ramirez, en las materias particulares, también son prueba eficaz para rechazarla como fundamento de la ciencia.

Principio fundamental de la ciencia, deducido de la justa aplicación de la ley territorial

Hemos examinado separadamente los distintos sistemas formulados para establecer el fundamento del Derecho Jurisdiccional Internacional; y hemos indicado en cada uno de ellos, ó su falsedad ó su lado incompleto. De todos solo queda en pié el de Savigny: falta completarlo. Veámos cómo.

Habiéndose demostrado que es una ciencia, cuyo fin, primordial es una cuestión de competencia de soberanías, en virtud de aquel pensamiento claro de Savigny: determinar para cada relación jurídica el dominio del derecho más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación, faltaba fijar el precepto permanente, el principio dirijente que habría de cumplir aquel fin, precepto ó principio que constituye la norma de la ciencia, el móvil que la fija, la guía y la pone en movimiento.

El doctor Ramirez amplió en ese sentido el sistema de Savigny sentando el principio territorial para aplicarlo, como regla general, á la resolución de las cuestiones de la materia. Dicho principio, que tiene un caracter de universalidad, tuvo cabida en la historia de la ciencia, bajo la denominación de estatutos reales, pero con una acepción más restringida por cuanto era considerado como un prin-

cipio riguroso, aplicable tan solo á determinadas materias. El doctor Gonzalo Ramirez extiende; amplía su significado, su aplicación y lo convierte en principio director. Así encarrado, el Derecho Jurisdiccional Internacional se simplifica en extremo, adquiere un poder de síntesis notable, y facilita, por ende, el contradictorio y oscuro problema de las colisiones.

Antes de esponer la ampliación del doctor Ramirez, hay que recordar el origen de sus ideas espresado en estas palabras de Savigny: "el territorio aparece como el segundo motivo que en grandes proporciones determina y limita la comunidad de derecho entre los individuos. Se distingue este motivo del de la nacionalidad en que es menos personal su naturaleza. Las fronteras son un signo exterior y visible que nos sirven para reconocerlo, y la influencia de la voluntad humana sobre su aplicación es más extensa y más directa que sobre la aplicación de la nacionalidad. Tomando como punto de partida este segundo motivo, se refiere la colisión que debe ocuparnos á la diferencia local de los derechos; de modo que el problema que hemos de resolver en todos los casos posibles de colisión puede formularse en los siguientes términos: ¿Cuál es en cada caso el derecho territorial aplicable?"

El doctor Ramirez, partiendo de estas ideas, ha espuesto las suyas en el extenso informe que, como miembro informante de la Comisión de Derecho Comercial, presentó al Congreso de Montevideo de 1888. Este internacionalista hace la historia de lo que se ha entendido por soberanía, y solo en virtud de tales antecedentes estudiados y ordenados puede llegar á hacer la luz y arribar á una aspiración, á un principio. Este modo de proceder es lógico, puesto que la ciencia que estudiamos no trata más que de un conflicto de soberanías.

Ha sido general, en el campo de la doctrina, distinguir una soberanía personal de una soberanía territorial. Esta última la hacían consistir en lo que es, en el concepto invariable que se tiene de ella, esto es, todo territorio en que se ejerce el dominio eminente de una nación; y la personal la definían diciendo que es aquella que gobierna á las personas en virtud de ciertos vínculos que las reúnen bajo una misma autoridad. Desde luego, hay impropiedad en los términos. Soberanía implica un "derecho que todo Estado tiene de disponer del territorio, de hacer el comercio, de defender los intereses nacionales, declarar la guerra y contraer obligaciones con otros Estados." La ley, tiene también una soberanía territorial exclusiva, puesto que es consecuencia inmediata de su señorío jurisdiccional. La soberanía reside plenamente en la Nación, en el pueblo. La ley es un mandato de ella. Hay que prescindir, pues, de ese factor, soberanía personal, que solo tiene importancia histórica y que solo se concebía adherido á los pueblos de vida nómada, á los cuales pudo aplicarse siempre con propiedad aquellas palabras de Laurent "adherido á las personas como sus huesos." — Esa soberanía personal es una de las manifestaciones más espresivas de la independencia de los Bárbaros de la Edad Media, institución bien definida en concordancia con las exigencias de la época.

El feudalismo sustituyó la soberanía personal por la soberanía territorial, pero no la soberanía única é ilimitada de los tiempos modernos, sino una soberanía fraccionada en tantas partes cuantos feudos existían. — El aislamiento absoluto reina en las relaciones de feudo á feudo. La ley tiene un carácter territorial exclusivista. Es el reverso exacto de la ley personal ó nacional. Esa ley tiene un límite infranqueable en las fronteras del feudo. "Epoca confusa, en que la legislación, acuñada con el sello del feudalismo, variaba

en cada parte de un mismo reino, época en que bastaba atravesar un río, una cadena de montañas, para encontrarse regido por leyes diferentes."

No puede prescindirse de la autoridad del doctor Ramirez que, en el informe enunciado, hace gala de una erudición que corre parejas con su claridad. "La historia jurídica de las instituciones en esta materia, marca tres épocas y á cada una de ellas corresponde una solución especial. La primera la llena el mundo antiguo, con su teoría del derecho de ciudad, que subordinaba los derechos del hombre á los del ciudadano. La segunda época se inicia con la invasión de los pueblos germanos al territorio de la Galia, y aparece el concepto de los derechos personales como consecuencia de la raza de que procede aquel que lo invoca. La época tercera es el resultado de la fusión de las razas, en pueblos que se pusieron en contacto al abandonar su vida nómada y vagabunda. En esa época el derecho personal no desaparece por completo, pues si la soberanía pasó á ser territorial, surgió como base del nuevo organismo político la soberanía del propietario, pero únicamente del propietario de la tierra. . . . Pues bien, esas tres grandes épocas de la historia que las llenan Roma, los bárbaros del norte y el feudalismo, han dado origen á los tres sistemas que han predominado hasta nuestros días en esta ciencia. El sistema de la nacionalidad — el de los estatutos — y el de la ley territorial basada exclusivamente en el derecho de propiedad de la tierra. . . ."

"Otro es el concepto de la soberanía en los tiempos modernos. Hoy, la raza se ha localizado en determinado territorio, transformándose sus condiciones de organización típica en la fusión de las personas y de las costumbres". . . .

Hoy, es incontestable que la soberanía reside en la Nación, tiene su raíz en el pueblo y se ejercita en su nom-

bre. Ahora bien, toda agrupación que constituya un pueblo gira en la esfera de un determinado territorio, esto es, se localiza en él, y en consecuencia adquiere lo que se llama dominio eminente. Este es un principio cardinal, aceptado por todos los tratadistas. Es una regla de Derecho Natural.

El principio territorial se desenvuelve aún en estos términos: Al derecho de soberanía, que es un derecho de orden público, va unido, como elemento correlativo, la jurisdicción en cuyo nombre se dicta la ley interna. En el territorio, pueden existir, y moverse, para los efectos jurídicos, todos estos elementos: personas, cosas, hechos y derechos, los cuales son regidos *ipso jure* por la ley del territorio, puesto que esta se ha creado teniendo en vista un móvil de interés público imprescindible. Siendo esto así, presentado un conflicto de competencia entre las leyes nacionales y extranjeras, "lo que hay que averiguar es el lugar en que se localiza todo acto jurídico que vincula una persona á otras personas, ó á las personas con las cosas." Este es el centro á que deben converjir todas las cuestiones para su aplicación, se trate de Derecho Civil, Comercial ó Penal.

Principio, como se vé, puramente científico, lógico y uniforme en su aplicación. Principio jurídico, porque no descuida el derecho, ni esas leyes eternas de justicia, relativa sí, pero siempre modificándose en la escala de la perfectibilidad. Principio que deja ver cual fué la intención del sabio Savigny y que lo justifica, pero que también precisa mejor la cuestión de soberanía, de derecho y de competencia, elementos que según Brocher especifican la materia, mediante ese espíritu benéfico de ampliación, de generalización, con que el doctor Gonzalo Ramirez lo ha completado, utilizándolo según conviene á su fecunda naturaleza. Principio de soberanía y de derecho jurisdiccional que es el mismo de Mancini, Fiore, del Código Civil Italiano y de

todos los partidarios del sistema de la nacionalidad, y del cual estos no han sacado el partido de que es susceptible, ora por esa fuerza de cohesión que los mantenía unidos al pasado de tradiciones sancionadas por la uniformidad, ora por no haber asimilado con suficiencia toda la energía productora de su ciencia y aplicación. Principio justo en su esencia, pero que se impone más evidente en la circulación de las ideas en los países americanos que, formados por las corrientes ascendentes de la inmigración, hacen práctico, en toda su eficacia y amplitud, el problema de la unidad humana, dentro de la diversidad, sin temores y sin aspavientos, como algo que fluye por la naturaleza de las cosas; fortificando cada nación su individualidad y "brillando su originalidad más bien en la producción que en la oposición," puesto que nunca ha sido obstáculo la unidad de todo poder á las manifestaciones de la libertad individual.

El Congreso de Montevideo, en general, respondiendo á esas exigencias imperiosas, ha sido el primero en reaccionar contra lo predominante en los fundamentos de la ciencia, y aceptando tácitamente el ultimamente expuesto, ha resuelto con su criterio, muchos de los puntos sometidos á su alta deliberación. Tal paso inicial en el progreso del Derecho Jurisdiccional Internacional contribuirá á realzar la exactitud de las ampliaciones del doctor Ramirez, y no se detendrá como una tentativa, sino que adquirirá la fijeza que dan la solidéz de la teoría y los beneficios de las acciones que la practican.

Estatutos reales, personales y mixtos

SU ESPOSICIÓN Y CRÍTICA

Justifica una vez más la confusión que ha reinado en la materia y la ignorancia de sus verdaderos fundamentos, la creación de la teoría llamada de los estatutos, amalgama artificiosa de pensamientos científicos y de ideas erróneas, producto genuino de un ciclo embrionario de la ciencia, que aspiraba por la necesidad urgente de las cosas á desenvolverse, pero que complicaba inútilmente sus funciones entre mil sutilezas á que daban forma los juristas.

Bajo la denominación de estatutos se han comprendido las relaciones legales que dicen referencia á las personas y á los bienes. Los estatutos se han dividido en reales, personales y mixtos. Los personales se definían, en general, diciendo que son el conjunto de leyes que determinan ó establecen la capacidad y estado civil de las personas, las que determinan quien es nacional ó extranjero, las que fijan la mayoría de edad, las relativas al matrimonio, las que establecen la capacidad de testar, etc. Y se designaba con el nombre de estatuto real el conjunto de leyes de una nación relacionadas exclusivamente con los bienes inmuebles; por ejemplo, las relativas al derecho de disponer de los bienes, al derecho de sucesión, etc. Hemos dicho que así se definían en general, porque, en efecto, el contenido de la definición variaba, comprendiendo más ó menos casos taxativos, según los autores. Pero, estas diferencias y todas las confusiones de acepción derivadas de ellas, en nada nos afectan. Lo que nos interesa saber es que los estatutos reales y personales fueron creados para solucionar los conflictos de la ciencia. A estar á lo que dice Laurent, esta

teoría fué creada por la combinación de la personalidad de las leyes bárbaras y la realidad de las costumbres feudales; y en tal concepto, satisfizo una necesidad social en la Edad Media, pues que, por dicho medio, se rompía el aislamiento del feudo, de la tierra del propietario, y se echaban las bases de las relaciones internacionales, con caracter más social y más humano. En este sentido, el factor del movimiento y del acercamiento lo constituían aquellas repúblicas italianas, aquellas ciudades enteramente comerciales que regidas por leyes autonómicas liberales, dieron tanto impulso á las artes y á las ciencias y contribuyeron bajo el protectorado de una nobleza distinguida á la cultura intelectual, y política de su tiempo. Cada ciudad tenía sus estatutos municipales: sus súbditos, en sus viajes ó caravanas comerciales, contrataban en países extranjeros ó ejercían cualquier otro acto de la vida civil: en ese vaivén de relaciones que originaban las jurídicas, los conflictos se hacían posibles. Para decidirlos, los glosadores italianos adoptaban este criterio: el conflicto tiene lugar entre el Derecho Romano y el estatuto municipal. Según algunos juristas, el Derecho Romano constituía la regla general; el estatuto, la excepción. Y así, las opiniones se subdividían al infinito.

En cuanto al alcance que tenían los estatutos para el caso de conflicto, según Armand Lainé, profesor de Derecho de la Facultad de Paris, era el siguiente: "el caracter de los estatutos reales se determinaba porque en los límites del territorio sometido al poder legislativo de que emanan, no cede ante ninguna legislación extranjera, y que no se extiende á otro territorio, puesto que en él serían rechazados por otros estatutos de la misma naturaleza", mientras que los estatutos personales pueden ceder el paso á otras legislaciones extranjeras, extendiéndose por tanto su influencia más allá del territorio. Quiere decir que en el primer caso,

U 57533

30 AGO 2021

el legislador es impulsado realmente por un motivo de orden público, y en el segundo, se cree igualmente, con un concepto equivocado. En el primero, es imperativa, pero al solo efecto de permanecer localizada en un territorio; en el segundo, lo es también, pero extendiendo su poder hasta más allá de la frontera, esto es, hablando con claridad, acompañando á la persona. Se ve, pues, como en el fondo, es una combinación de la ley territorial, y de la ley nacional, ó sea del feudalismo del propietario, abarcando una mayor amplitud, y del personalismo del germano.

La doctrina así expuesta ¿es científica? Creemos que ella tiene en sí algunos elementos científicos, y no nos sorprende que en su época, haya tenido sus comentadores y defensores ilustres. Por de pronto, el elemento territorial aunque limitado á los bienes inmuebles, supone un factor con vida propia, armónica y homogénea; su mérito estriba en que rompió con el aislamiento, desató las ligaduras que no dejaban desenvolverse el Derecho y construía los primeros materiales de la ciencia. — Un principio fijo por el cual todas las cuestiones relativas á la adquisición de los bienes, caían bajo el imperio de una ley única, revelaba un progreso evidente. De tal punto no era despreciable la doctrina. Por otro lado, ella explica algo más que la cortesía ó *comitas gentium* tan decantada por un espíritu jurídico mezquino, más que la paradógica de la reciprocidad; contenía gérmenes capaces de constituir una obra más duradera. ¿Cuál es entonces su lado flaco, su debilidad ó su impotencia? El vicio capital y grave consiste en lo siguiente: teniendo el derecho de las personas íntima conexión con las cosas, y refiriéndose las leyes á las cosas en cuanto tienen relaciones con las personas, resulta que las leyes no son ni exclusivamente personales ni exclusivamente reales; por consiguiente, en la práctica, aparecían á cada paso las dificultades para

su aplicación. De tales dificultades nacían los distintos criterios de los juristas. Así, pudo verse á los jurisconsultos franceses del siglo XVI dividirse en los dos bandos históricos de personalistas y realistas, y presenciarse los espectáculos de sus diferencias; pudo verse que las dos escuelas, unidas en los principales puntos de contacto, divergían en otros, y mientras Dumoulin, jefe de los nominalistas, sostenía, por ejemplo, que la capacidad es un estatuto personal, pues “tiene por objeto al hombre y no á los bienes”, D’Argentré, realista, decía que los estatutos concernientes á la capacidad, participan á la vez de la capacidad de las personas y de la inalienabilidad de la cosa. Así también, entre tantas modificaciones, se vió crear el absurdo jurídico de Bartolo, según el cual, había que examinar los términos de la disposición legal, para decidir si una ley era real ó personal; de modo que, si un estatuto decía — Los bienes del difunto pertenecerán al hijo mayor — se aplicaba á todos los bienes existentes en el territorio; y si el estatuto estaba redactado — el hijo mayor sucederá... — disponía teniendo en cuenta á la persona y se aplicaba solo á los ciudadanos. — Ahora bien — ¿no es un verdadero absurdo hacer depender una calidad del estatuto de una mera formalidad de redacción? — El resultado final era una diversidad asombrosa de criterios, y por ende, una confusión en la aplicación de las soluciones propuestas. Por eso, decía Savigny: “no es absolutamente errónea; pero como es incompleta y se presta á un gran número de equivocaciones, no podemos tomarla por base de nuestras investigaciones.”

Condenada la teoría de la nacionalidad que no es sino un derivado de la teoría de los estatutos con la sola variante, que ha constituido un progreso relativo, incorporada en los códigos civil francés é italiano, de la igualdad de dere-

chos civiles entre nacionales y extranjeros en los límites del territorio francés é italiano, queda también condenada esta doctrina originaria.

No concluiremos esta crítica sin rechazar el siguiente razonamiento. Ha dicho un autor: "Las leyes que hoy se llaman personales, bajo el punto de vista de los conflictos de la legislación, son *territoriales*, puesto que son internas, precisamente lo contrario de lo que eran las leyes personales de los Bárbaros." Creemos que hay un error en esta afirmación. Es cierto que las leyes de los Bárbaros no eran territoriales, por cuanto siendo razas nómades, no radicaban en determinado territorio, no se localizaban. Pero las leyes que los juriconsultos llaman personales, son también esencialmente nacionales, como lo eran las de los germanos, en el sentido radical que la nacionalidad, la raza, como un atributo de la ley, es el motivo que ha guiado al legislador al establecerla, porque de no ser así, ¿á qué respondería esa distinción entre realidad y personalidad, netamente deslindadas? Creemos que el concepto de ellas ha sido siempre el mismo. Los estatutos nacieron precisamente de una lucha entre el elemento del feudalismo, que consideraba al hombre como el accesorio del suelo, y el elemento de la dignidad de la persona humana con todos sus derechos que los filósofos, con una interpretación errónea, se esforzaban porque constituyera una calidad predominante.

En su apogeo, ya la doctrina de los estatutos era objeto de crítica y de condenaciones. Juan Voet, uno de sus partidarios, concluía que ella hacía insolubles los conflictos. Hoy, en general, es abandonada por casi todos los tratadistas, aún por los mismos que admiten el principio de la nacionalidad. De tal opinión es Fiore. Pero hay que reconocer que, en el fondo, los que admiten la nacionalidad como principio generador, no se han apartado por completo del

sistema de los estatutos; solo han abandonado la terminología. En efecto, la nacionalidad constituye una mezcla bien definida del elemento territorio y de esa ley nacional que se adhiere á la persona, esta última espresión bien elocuente de aquel pensamiento de De-Maistre "el hombre es una obstracción. Nunca he visto hombres, sino italianos, franceses, etc.;" resucitando así toda la independencia exagerada del germano. Y en esta doctrina de Mancini, Laurent y Fiore, esta ley personal, nacional, es un rasgo tan saliente, tan perfilado, que la ensalzan á expensas del territorio; de manera que, para su aplicación, surgen las mismas dificultades que surgían para la aplicación de los estatutos. Dice Fiore en este sentido: "es verdad que el territorio, es, *en cierto modo*, la base material de la soberanía del Estado. . . . Pero no es verdad que todas las relaciones entre el propietario extranjero y su propiedad, los derechos de todas clases y de cualquier título, y hasta la capacidad de adquirir, de enajenar y de transmitir las cosas inmuebles, deban depender de la *lex rei sitæ*. Esto equivaldría á considerar los derechos del hombre y de la familia como accesorios de la tierra, como ocurría en los tiempos feudales." ¿No es este un caracter bien marcado de los estatutos personales, precisamente los que creaban mayores dificultades? ¿No es esto retroceder? Esa transcripción, aunque referente á los derechos patrimoniales reales, esplica bien á las claras el fondo de la doctrina; y tal es el último argumento de la escuela histórica, cuyo progreso sobre la teoría de los estatutos es bien nimio. La soberanía, para ellos, es territorial, cierto que para nacionales y extranjeros, (tal es la innovación) pero los derechos del hombre y de la familia constituyen lo que algunos autores llamaron soberanía personal, cuyo análisis lo hemos hecho anteriormente.

El estatuto llamado mixto, ó sea la regla *locus regit*

actum, sustituyó á los estatutos reales y personales con el fin de obviar sus dificultades prácticas. Este estatuto es el que se mantiene, predominante en la doctrina y en la legislación. Se le considera el árbitro decisivo de los conflictos. Lo hemos anunciado y refutado como fundamento de la ciencia. Es indudable que ha prestado sus servicios; pero también es cierto que su valor intrínseco ha mermado, y cedido el paso, por la fuerza de las cosas, al principio territorial, amplio y racional, tal cual lo dejamos explicado como verdadero fundamento de la ciencia.

CAPÍTULO III

Nuestra legislación con referencia al Derecho Internacional Privado

Nuestro Código Civil contiene algunas disposiciones generales relativas al Derecho internacional jurisdiccional. En general, se ha sugetado al principio territorial, modificado ó limitado en algunas materias.

El artículo 3.º dice: Las leyes obligan indistintamente á todos los que habitan en el territorio de la República. — Por este precepto caen bajo la jurisdicción de la ley oriental, todas las personas, orientales ó extranjeros, domiciliados ó transeuntes en cuanto á todos aquellos actos y contratos que en el territorio se ejecuten ó hayan de tener efecto. Es, pues, un precepto amplio; de orden público, pues es la aplicación estricta y rigurosa del derecho de soberanía y de la jurisdicción inherente á esta soberanía; soberanía que posee un interés inmediato y de orden social en hacer regir por sus leyes todas las relaciones jurídicas que caen bajo su imperio territorial.

Aunque el legislador no lo haya manifestado, es obvio que el oriental que no habita en la República, no queda sometida á las leyes de ésta, sino en el caso de escepción del artículo 4.º del mismo Código.

Ahora bien, la incorporación de aquel principio en nuestra legislación, ha importado rechazar el sistema de la nacionalidad, y por tanto, su principio director; el principio

territorial, concordante con el principio constitucional de la soberanía de la Nación, lo sustituye.

El artículo 4.º está concebido en estos términos: Los orientales residentes ó domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos á las leyes de la República: 1.º En lo relativo al estado de las personas y á su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en la República. 2.º En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero solo respecto de sus cónyuges y parientes orientales.

Esta disposición se refiere exclusivamente á los orientales que residen ó se hallan domiciliados en un país extranjero. Examinando el primer inciso, nos encontramos con que el Código hace una aplicación evidente del principio territorial, tal como lo dejamos entendidos. En efecto, un oriental domiciliado en un país extranjero, en cuanto á su estado civil y á su capacidad, es regido imperativamente por la ley oriental, mientras se trate de actos que van á producir efecto en la República. Esto importa reconocer bien explícitamente que, en el caso referente á actos que han de producir efecto fuera de nuestro país, no se hacen regir, ni el estado ni la capacidad, por la ley oriental, teniendo en vista que la soberanía en que aquellos efectos van á producirse, quedará afectada, y en consecuencia, tendrá que hacer efectivo el imperio de su ley para regir tales relaciones de derecho. Hay más aún: da á las relaciones jurídicas procedentes del estado y la capacidad un carácter exclusivamente territorial, derogando el consenso general que establece que aquellos son calidades jurídicas exclusivamente de orden público, y que la ley del domicilio por razones clarívidas, es la que debe regularlas; esceptuando lo que se llama sus efectos jurídicos que son regidos por la ley del país cuya soberanía afectan. No

distingue entre la capacidad en sí y sus efectos jurídicos. Ha desechado, pues, *la ley oriental*, en el sentido de seguir al ciudadano oriental y ha exagerado el principio territorial. Según el mismo artículo que examinamos, la capacidad del extranjero y su estado civil se juzgan por la ley de su país, puesto que la disposición solo es aplicable á los orientales; y la ley oriental nunca los alcanzará ni aún cuando los efectos jurídicos afecten nuestro país. En este caso, el Código no ha sido lógico. Debíó equiparar los extranjeros á los orientales, cuando los efectos de un acto ó contrato afectan é interesan á la soberanía oriental.

El artículo 5.º se refiere á los bienes: Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes orientales, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en el país. Esta disposición se extiende á los bienes muebles que tienen una situación permanente en la República.

Constituye una aplicación fehaciente del principio territorial; hay intereses económicos y políticos de orden público. Aún subsiste la discusión sobre si los bienes muebles deben ser regidos por la ley territorial ó por la ley de su dueño. En la legislación la última opinión se halla generalizada. Nuestra ley los equipara á los inmuebles, pero incluye solo á los de situación permanente. Los que no tienen tal carácter se rigen, pues, por la ley de su dueño.

El artículo 16 del Código civil chileno, correlativo del 5.º que examinamos, contiene un inciso que dice: "Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño. Y se tendrán en cuenta las leyes de Chile para los casos en que dichos contratos hayan de tener efecto en nuestro territorio." El legislador oriental que tomó la disposición del Código chileno, en su primera parte, ha sido más correcto en la redacción y más preciso. — El inciso

que transcribimos es inútil, si á continuación se espresa que se derogará la voluntad particular de los contratantes cuando se trate de bienes situados dentro del territorio nacional. El principio de orden público, es uno solo, y no admite escepción alguna.

El artículo 6.º del Código Civil oriental está espresado: La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. En los casos en que las leyes orientales exigieren instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efecto en la República, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.

El primer inciso es una aplicación de la regla *locus regit actum*. Es una escepción al principio territorial que admiten sus mismos partidarios, y justificada por las siguientes razones: 1.º por que las formas, tratándose de instrumento público, son esencialmente de orden público. La forma es un requisito del cual el legislador hace depender la eficacia del acto ó contrato: así, cuando nuestra ley civil exige para la validéz de la venta de bienes raíces, servidumbres, etc., escritura pública, es guiado por un motivo de orden público. 2.º, y esto es una consecuencia de la primera, porque el funcionario público encargado de extender el documento público, se halla en la imposibilidad de obrar con arreglo á otra ley que no sea la de su soberanía. Cada Tribunal concurre, pues, dentro de sus respectivos límites legislativos, al cumplimiento de una ley de orden público.

El segundo inciso, es, á la par que una confirmación del primero, una espresión evidente del principio territorial. — Pruebas que han de rendirse y producir efecto en la República — son términos que implican soberanía afectada é interés en ejercicio para hacer regir por sus leyes dichos efectos jurídicos.

El artículo 36 de nuestro Código Civil es referente á las sucesiones. Dice así: El domicilio del difunto, siendo en territorio nacional, determina el lugar en que debe radicar la testamentaria:

Para los efectos de abrirse una sucesión, es regla general que el domicilio del causante determina el lugar en que se radica su testamentaria. Pero el Código Oriental dice con peculiaridad: siendo en territorio nacional. Esto intercalado es otra manifestación del principio territorial. Si la ley no hubiera querido darle este caracter, no lo habría señalado espresamente con dichas palabras; por tanto se habría referido á la ley del causante, esto es, de su domicilio. Vale decir entonces que se ha inclinado al principio de la pluralidad de sucesiones: si una persona domiciliada en Buenos Aires, muere allí dejando bienes raíces en ese lugar y en la República Oriental, se abrirían dos sucesiones en los dos puntos respectivamente; en virtud de aquella consideración fundamental por la que los bienes afectan de pleno derecho toda soberanía.

El artículo 101 que se refiere al matrimonio celebrado en país extranjero, está concebido así: El matrimonio celebrado en país extranjero en conformidad á las leyes del mismo país ó á las de la República, producirá en ésta los mismos efectos civiles, que si se hubiese celebrado en territorio oriental.

Es la aplicación de la regla *locus regit actum*, hecha efectiva por razones notorias de orden público y aceptada también, como escepción, por los partidarios del principio territorial.

Tales son, en resumen, las disposiciones de nuestra legislación referentes al Derecho Internacional Jurisdiccional, desenvueltas en reglas generales y que, encuadradas en el principio territorial, dan un criterio para resolver las cues-

ciones no previstas; y si se exceptúa la omisión en que con respecto á los extranjeros, incurre la disposición del artículo 4.º — y por la que se revela una como atadura al principio de la nacionalidad — fuerza es convenir que los preceptos generales de nuestra ley civil son bastante liberales y en concordancia con las exigencias del espíritu moderno de progreso y emancipación que ya van caracterizando el estado de humanidad, entre los perfeccionamientos solidarios de todas las ciencias.

Puede imprimirse.
Eduardo B. del Pino.

V.º B.º
Gonzalo Ramirez.



ÍNDICE



	<u>PÁGINA</u>
CAPÍTULO I. — ¿Qué es el Derecho Internacional Privado?	9
CAPÍTULO II. — Fundamentos de la ciencia	19
El sistema de la nacionalidad, su esposición y crítica	23
Sistema de Savigny, la comunidad de derecho	33
Principio fundamental de la ciencia, deducido de la justa aplicación de la ley territorial	44
Estatutos reales, personales y mixtos, su esposición y crítica.	50
CAPÍTULO III. — Nuestra legislación con referencia al Derecho Internacional Privado.	57

