

Sin querer nosotros quitar nada del mérito real del docto napolitano, desechamos el sistema que ha sostenido, como poco conforme con los principios de la razón y del derecho. El sistema de la reciprocidad tiende á legitimar las represalias jurídicas, admitiendo que el ejercicio de los derechos civiles, del mismo modo que el de los derechos naturales, puede ser negado á los extranjeros cuando el Estado á que pertenecen niega el ejercicio de esos derechos á los nacionales. No desconocemos que, en los tiempos en que Rocco escribía su libro, el sistema de la reciprocidad era casi una necesidad social. Cuando las represalias y la retorsión estaban consideradas como principios legítimos del derecho público, la reciprocidad tenía su razón de ser en el derecho privado; pero si esto excusa á Rocco, que muestra por otro lado atrevimiento en sus ideas y miras liberales, no legitima sus principios. Basta, efectivamente, con leer algunas de las conclusiones del mismo Rocco, para convencerse de la falsedad del sistema. «Si bien nuestras leyes, dice, deben ser indulgentes con los extranjeros, no debe creerse que, cuando el Estado á que pertenecen nos niega el ejercicio de algunas de las facultades que la naturaleza misma nos concede, no esté permitido practicar lo propio en el reino por represalia. ¿Cómo admitir que los extranjeros pueden heredar en nuestro territorio y disponer de los bienes, si no se nos concede igual facultad en su nación (1). Este principio legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, substituyendo á la razón del derecho la de la utilidad (a).

Academia de París, en las sesiones del 14 y 21 de Mayo de 1842, una Memoria sobre este libro, la cual es digna de consideración, y honra mucho al jurisconsulto napolitano.

(1) Rocco, *Diritto civile internazionale*, parte 1.<sup>a</sup>, cap. VIII, página 82.

(a) Siguiendo la doctrina de Aubry y Rau (*Droit civile français*, tomo I, p. 263), dice Mr. Pradier Fodéré respecto de este punto: «Con razón combate Mr. Fiore la teoría de la reciprocidad, teoría caduca, concepción paradójica, que asigna á una nación, como regla de conducta, no la idea de justicia, sino la dudosa adhesión de otra nación más atrasada. Haremos notar, sin em-

29. El sistema seguido por aquellos que quieren subordinar la aplicación de los principios del derecho á la condición de reciprocidad legitima toda injusticia y toda arbitrariedad, substituyendo á la razón del derecho la de la utilidad, y no es justificable en

bargo, que esta teoría pierde mucho de sus funestos efectos, por la adopción de la doctrina que, distinguiendo entre las facultades ó ventajas comunmente otorgadas por todas las naciones cultas, como desprendiéndose del derecho natural, y aquellas cuyo establecimiento es más especialmente obra del derecho nacional que las ha consagrado, admite á los extranjeros al disfrute de las primeras, como derecho común y sin ninguna clase de condiciones, mientras no les concede el de aspirar á las segundas, sino con determinadas restricciones. Esta distinción no tiene nada de arbitraria, sino que está tomada de la esencia misma de las cosas; y siendo movable por su naturaleza, se presta á todos los progresos de la civilización. El derecho de gentes no es, en efecto, un derecho estacionario, sino esencialmente progresivo. ¿No prueba la experiencia que las diferentes legislaciones civiles tienden incesantemente á aproximarse, y no ha hecho sensibles progresos este trabajo de asimilación, después de la promulgación del Código civil francés? Los redactores de este Código parece que participaban de la idea de que, desde el día en que haya sido admitida una institución por los diferentes pueblos civilizados, estaría sancionada por el consentimiento unánime de todos y se convertiría en una institución de derecho de gentes, el principio de la reciprocidad exigiría que los extranjeros pudiesen invocar en Francia el beneficio de esta institución, lo mismo que los franceses serían admitidos á reclamarlo en el extranjero. Creyeron que la barrera que debía oponerse á las pretensiones de los extranjeros no podía fijarse de una manera definitiva por la legislación, y había que dejar á la jurisprudencia y á la doctrina la posibilidad de salvarla siguiendo la marcha progresiva del derecho de gentes.» Como puede observarse, comienza el distinguido escritor francés por anatematizar la teoría de la reciprocidad, y concluye por aceptarla para ciertas instituciones que, admitidas por muchos pueblos civilizados, constituyen verdaderas instituciones de derecho de gentes. A juicio nuestro, desde el momento en que la mayor parte de las naciones cultas atribuyan este alcance á una institución, es obligatorio su reconocimiento de hecho, sin perjuicio de que ella sea tal que lo fuera ó debiera serlo en principios aun antes del mencionado reconocimiento.

modo alguno. En efecto, si se trata de subordinar á dicha condición el ejercicio de los derechos del hombre, se llega á negar los de la personalidad humana, admitiendo que todo soberano puede á su antojo conceder ó negar al hombre el goce y el ejercicio de los derechos civiles, como si esto fueran una concesión del legislador. La ley civil reconoce, determina y garantiza el ejercicio de los derechos civiles; mas no por eso pierden aquéllos su carácter y su naturaleza primitiva, esto es, la de derechos correspondientes á la personalidad humana; no pudiendo, por tanto, sostenerse que tenga el legislador un poder discrecional para conceder ó negar á los extranjeros el goce de sus derechos sólo porque el soberano del Estado á que pertenecen niegue el disfrute de los mismos á los nacionales.

Siempre que quiera aplicarse la condición de la reciprocidad sólo para determinar la ley que debe regir en territorio extranjero el ejercicio de los derechos correspondientes á la persona, se llega necesariamente á la consagración de la injusticia. En el supuesto de que la autoridad extraterritorial de ciertas leyes se derive de los principios del derecho y de la justicia, no puede admitirse que sea lícito violar éstos para proteger los intereses nacionales.

Estableciendo, por ejemplo, que el individuo tiene derecho á que se reconozcan por doquiera su capacidad jurídica y su estado personal, tales como están determinados por su ley nacional, es claro que deberá en tal caso tener dicha ley una extensión que exceda los límites del territorio por una regla de derecho y un principio de justicia, y no podrá subordinarse la aplicación extraterritorial de la ley mencionada á la condición de la reciprocidad, sin hacer condicional el respeto absoluto debido á los principios de la justicia.

**30.** La teoría de la reciprocidad es una derivación de aquella, no muy correcta por cierto, que atribuye á toda soberanía un derecho absoluto y eminente sobre el territorio, sobre las personas que lo habitan y sus actos jurídicos, y sobre las relaciones de toda especie, cualquiera que sea el título de que procedan, sujetándolas en todo y por todo á la ley territorial. De esta teoría han deducido Fœlix y los jurisperitos anglo-americanos su

sistema, que se reduce, en sustancia, á desconocer todo principio de derecho y de justicia respecto de la autoridad extraterritorial de las leyes, admitiendo que todo puede depender del interés y de la utilidad recíproca.

En efecto, después de haber establecido como principio fundamental que las leyes no pueden tener ningún valor extraterritorial, deduce Fœlix, como consecuencia, que la aplicación de las extranjeras puede depender exclusivamente del consentimiento expreso ó tácito del soberano territorial, manifestado mediante tratados ó por decisiones de las autoridades judiciales y administrativas. «El legislador, dice este escritor francés, las autoridades públicas y los Tribunales, al admitir la aplicación de las leyes extranjeras, se refieren, no á una obligación cuya ejecución pueda exigirse, sino únicamente á consideraciones de utilidad y de conveniencia recíproca entre las naciones» (1).

Los escritores anglo-americanos admiten, casi por unanimidad, que la aplicación de las leyes extranjeras es una pura cuestión de cortesía. Story, Burge, Phillimore y otros han creído poder elevar á la categoría de un principio la teoría de que la aplicación de las leyes extranjeras en el territorio depende principalmente de la *comitas gentium*, por lo cual tituló Phillimore su obra *Privaté international law or comity*.

No es necesario extenderse mucho para demostrar que el sistema que lo reduce todo á la *comitas gentium* carece de fundamento jurídico, y tiende á negar por completo la ciencia del Derecho internacional privado, puesto que llega á establecer que no hay principios ciertos para resolver los conflictos de las legislaciones, y que todo debe regirse por el interés y la conveniencia.

De este modo llega á negarse todo derecho. Siendo el interés por sí mismo esencialmente variable, claro está que tomándolo como norma sería absolutamente imposible establecer re-

(1) *Traité du Droit international privé*; Introduc., cap. III, número 11.

glas jurídicas para decidir en justicia respecto de la autoridad territorial ó extraterritorial de cada ley.

En la actualidad, la inmensa mayoría de los publicistas está de acuerdo en reconocer la *comitas gentium* como un concepto falaz y arbitrario. Hasta los mismos jurisconsultos anglo-americanos lo han reconocido. Lawrence ha sostenido con valiosos argumentos que la cortesía no puede constituir la base del derecho; que existen principios supremos que deben regir las relaciones de interés privado, lo mismo que las de interés público, y que estos principios son obligatorios para los legisladores y los jueces. También Westlake sostiene que las *comitas gentium* puede ser motivo para admitir la aplicación de una ley extranjera, pero reconoce que aquélla no puede ser suficiente para determinar en cada caso particular qué ley debe aplicarse. Lord Brougham demuestra asimismo que los magistrados no pueden juzgar según las conveniencias, sino con arreglo al derecho. De este modo, la nueva escuela de los jurisconsultos anglo-americanos comienza á reconocer que debe resolverse la cuestión ajustándose á los principios de la justicia universal, y no á lo que puedan exigir el interés y la conveniencia. El haber reconocido ellos mismos que el principio de la *comitas* es incompleto y falaz, es la prueba más segura de que dicho sistema carece de todo fundamento jurídico.

La escuela moderna tiende, en efecto, á encontrar un principio racional para determinar la relación que existe entre las relaciones y los actos jurídicos, y la ley por que deben regirse. Dejando aparte el concepto antiguo, esto es, el de que corresponde á la soberanía un derecho absoluto é ilimitado sobre el territorio, y que los derechos del hombre pueden depender de las relaciones territoriales, se han propuesto los escritores modernos investigar y determinar cuál debe ser la ley que ha de regir cada relación y cada hecho jurídico, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación misma, y las relaciones de los sujetos del derecho con la ley á que deben estar sometidos, y con el territorio en que dichas relaciones se desarrollan ó se realizan dichos actos.

**31.** Siguiendo esta nueva dirección se abandonó, en parte,

la antigua máxima: *Leges non valent extra territorium*, y se procuró establecer el límite de la autoridad de las diversas leyes, indagando y determinando cuáles son las relaciones de derecho sometidas, según su íntima naturaleza y las necesidades sociales, al imperio de cada ley.

**32.** Debemos consignar que entre los que señalaron la nueva dirección de nuestra ciencia debe mencionarse en primer término á Savigny. Estudiando este ilustre jurisconsulto la cuestión de los límites de las diversas legislaciones positivas, teniendo en cuenta las diferencias de lugar y tiempo y espacio, sostiene la idea de la comunidad de derecho entre los diversos pueblos, y excluye el concepto predominante del absoluto y exclusivo predominio de cada ley territorial. En virtud del riguroso derecho de soberanía, dice el jurisconsulto alemán, «podría imponerse á los jueces de un país la exclusiva aplicación de su ley nacional, sin tener en cuenta las disposiciones contrarias de la ley extranjera. Esta regla no debería, sin embargo, sancionarse por ninguna legislación positiva, porque á medida que aumentan las relaciones entre los diversos pueblos, debe irse renunciando á este principio exclusivo, y admitiendo el contrario, esto es, el principio de una comunidad de derecho entre las diferentes naciones» (1).

No es esta ocasión de examinar cómo Savigny ha resuelto el problema, porque esto nos obligaría á una digresión demasiado extensa; ya lo haremos en el curso del tratado, haciendo notar las divergencias entre las opiniones del eminente jurisconsulto y las nuestras. Pero dejando aparte el examen de cómo se ha resuelto el problema, debemos reconocer, sin embargo, que el gran mérito de Savigny consiste en haber planteado la cuestión con gran precisión y acierto. Discurriendo acerca de los conflictos que pueden surgir en el caso de que una misma relación jurídica pueda regirse por leyes positivas diferentes y contrarias, hace notar, con razón, que no basta ocuparse de los conflictos como

(1) *Sistema del Derecho romano*, tomo VIII (VI de la versión castellana).

del único problema por resolver, sino que es necesario estudiar los límites de las diversas leyes positivas, determinando á cuál debe someterse cada relación jurídica.

Como ya hemos declarado en la primera edición de nuestra obra sobre el Derecho internacional privado, hemos seguido la dirección dada por Savigny cuando dimos principios á nuestras investigaciones. Después de estudios concienzudos nos hemos convencido de que para resolver el problema es necesario determinar los límites de la autoridad de cada ley, en cuanto al espacio, y precisar cuándo debe ser territorial y cuándo extraterritorial la eficacia de cada precepto imperativo; y nos complacemos en consignar que la gran mayoría de los juriconsultos contemporáneos admite que la aplicación de las leyes extranjeras debe regirse por principios generales de derecho, y considerarse como un deber obligatorio de justicia internacional, no sólo reconocer y respetar los derechos del extranjero, sino también el de abstenerse de determinar por las leyes propias aquellas relaciones jurídicas que por racional competencia deben regirse por leyes extranjeras. Mancini, Laurent, Brocher, Asser y casi todos los miembros del Instituto de Derecho internacional están ya de acuerdo respecto á la dirección de la ciencia. La divergencia entre ellos nace de que aun no se ha llegado á un acuerdo acerca del principio general según el cual debe resolverse siempre acerca de la admisión ó la no admisión de la autoridad de las leyes extranjeras en el territorio. El perfecto acuerdo en este punto no podrá establecerse fácilmente, porque las fórmulas propuestas por los unos se consideran por los otros insuficientes é incompletas. Esto puede, pues, decirse con razón de la suprema regla propuesta por Schaeffner, esto es, que toda relación jurídica debe regirse en todas partes con arreglo á la ley del lugar donde ha nacido (1). En efecto, debe notarse ante todo, que la relación jurídica, producto de un acto de la voluntad humana (contrato, donación, testamento) puede crearse en diversos lugares, y surgiría siempre la dificultad de si debía re-

(1) *Derecho privado internacional*, § 32.

girse por una ú otra ley. Si hasta el domicilio puede sustraer á la persona al imperio de su propia ley personal, no pueden sustraer á la familia á la autoridad de la ley que debe regir las relaciones familiares. Por consiguiente, las relaciones de estado personal y las de familia no pueden regirse por la ley del lugar en que aquéllas hayan tenido su origen.

Véase, pues, que no podemos aceptar la forma propuesta por Schaeffner.

Tampoco podemos admitir la propuesta por Savigny; esto es, que debe preferirse la ley del lugar en que se reconozca que existe ó reside la relación jurídica, porque para determinar esta residencia debe establecerse previamente cuál es la ley á que debe considerarse sometida la relación misma. Cuando surja la duda de si deberá aplicarse con preferencia la ley personal ó la del lugar en que el acto sea estipulado, ó la de aquel en que se hallan los bienes, no podría determinarse la residencia de la relación jurídica que nace de un acto de esta naturaleza, sin establecer de antemano la ley á que debe considerarse sometido (1).

(1) Entre otros escritores de los tiempos modernos, véase Story, *Conflict of Laws*; Burge, *Commentaires on colonial and foreign laws*; Phillimore, *Comment. upon international Law*, tomo IV; Westlake, *A treatise on private international Law*; Rocco, *Dell uso e d'autorità del Regno delle due Sicilie*; Fiore, *Trattato di Diritto internazionale pubblico*, primera edición año de 1865; Esperson, *Del principio di nazionalità*; Lomonaco, *Trattato di Diritto civile internazionale*; Mancini, *Rapporto all Istituto di Diritto internazionale*; Catellani, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*; Gianzana, *Lo straniero nel Diritto civile italiano*; Milone, *Dei principii e delle regole del diritto intern. priv.* Todos los tratadistas de Derecho civil discurren sobre este asunto. Véase Pacifici Mazzoni, Borsari, Bianchi, Colamarino, Gianturco y otros. Foelix, *Traité du droit intern. privé*; Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens*; Barde, *Theorie traditionnelle des Statuts*; Durand, *Essai de droit intern privé*; Rougelot de Lioncourt, *Du conflit des lois personnelles et étrangères*; Schaeffner, *Entwicklung des internationalen Privatrechts*. (De esta obra hay una traducción italiana hecha por Tenore.) Savigny, *System des heutigen roemischen Rechts* (en

Repetimos que estas divergencias no impiden reconocer que en nuestro tiempo se ha planteado el problema bajo un punto de vista científico; y el gran mérito de los escritores contemporáneos consiste en haber eliminado todos los sistemas que negaban en principio toda autoridad á las leyes fuera de los límites del territorio de cada Estado.

el tomo octavo). De esta obra se han hecho una traducción francesa por Guenouxs, otra española por Mesia y Poley, y varias traducciones italianas; Bar, *Das internationale private-und Strafrecht*; Willian-Beach Lawrence, *Comment. sur les Éléments du Droit international, e sur l'Histoire des progres du droit des gens* de Wheaton; Wharton, *A treatise on the conflict of Laws or international Law*, segunda edición, 1881; Field, *Draft outlines of international code*, *Saggio di un Codice internazionale*; Asser, *Schets van het internationale privaatrecht*; esta obra fué traducida del holandés por Alphonse Rivier; Laurent, *Droit civil international*; Manuel Torres Campos, *Principios de Derecho internacional privado ó de derecho extraterritorial de Europa y América, en sus relaciones con el derecho civil de España*; Brocher, *Cours de droit international privé suivant les principes consacrés par le droit positif francais*.

Para los trabajos especiales pueden consultarse las bibliografías anuales del *Journal du droit international privé* de M. Clunet y el *Bulletin de jurisprudence de droit intern*, idem, y en la *Revue du droit international*, las ponencias y las deliberaciones del Instituto de Derecho internacional en el *Annuaire de l'Institut* y la bibliografía de las obras *De droit international privé* al final de cada tomo.

## CAPÍTULO V

### Principios fundamentales según nuestro sistema.

33. Los Estados se hallan sujetos á la suprema ley del derecho.—34. Límites de la autonomía del Estado.—35. Competencia de cada soberanía como poder legislativo.—36. Principio general acerca de la autoridad territorial y extraterritorial de cada ley.—37. Dificultades que nacen inevitablemente en la aplicación del mismo.—38. Carecemos de criterios positivos para determinar las leyes de orden público.—39. La aplicación de una ley extranjera puede causar una verdadera lesión del derecho territorial.—40. Necesidad de los tratados para establecer las reglas acerca de la autoridad territorial y extraterritorial de las leyes.

33. Creemos oportuno establecer algunos principios generales que, á juicio nuestro, deben considerarse como base de toda la teoría que en adelante exponaremos.

Los Estados, en cuanto se consideran como personas que coexisten en la MAGNA CIVITAS, están sujetos á la suprema ley del derecho y de la justicia.

Sin la sociedad de derecho no sería posible la sociedad de hecho entre los Estados: *Ubi societas ibi jus*. No es, en verdad, posible concebir la coexistencia de personas libres (sean físicas ó morales) sin presuponer que se mantiene constantemente entre ellas cierta ley natural de proporción entre sus actos (1).

También es necesario admitir entre los Estados una ley su-

(1) *Si nulla est communitas, dice Grocio, quæ sine jure conservari possit, quod memorabile latronum exemplo probabat Aristotelis, certè et illa quæ genus humanum aut populos complures inter se colliget, jure indiget*, Proleg. (23). Conf. Wolf, *Jus naturæ* (art. 7, cap. XLVI); *Jus Gent.* (cap. II); Pradier Fodéré, *Elements de Droit public.*, p. 35.