

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 international 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 expondremos.

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.



prema de sus relaciones jurídicas, sin la cual sería imposible su coexistencia (1).

**34.** *Todo Estado es autónomo é independiente en los límites fijados por el derecho.*

La individualidad es el carácter esencial constitutivo de la personalidad del Estado, y el carácter distintivo de la individualidad es la existencia *per se*, con una determinada esfera de acción distinta de la de los demás, con un fin propio, con propios medios y con el poder jurídico de obrar sin obstáculos dentro de los límites fijados por el derecho.

Al Estado no puede corresponder la libertad ilimitada y absoluta, puesto que éste sólo puede aspirar á la libertad y á la independencia compatible con la de los demás Estados que con él viven en la *Magna civitas*. Deben, por tanto, respetarse mutuamente como miembros de la familia humana, y respetar la ley de sus relaciones jurídicas. Deduciéndose de aquí que la independencia de cada cual no puede ser otra cosa que *la potestad jurídica de obrar sin obstáculos dentro de los límites fijados por el derecho*.

Debe, pues, admitirse como regla suprema, que el poder soberano de cada Estado, para desarrollarse y ejercer sus derechos de soberanía, debe entenderse con la limitación del respeto debido á los derechos y á los intereses legítimos de los demás Estados.

Síguese de aquí que toda soberanía tiene el derecho exclusivo de hacer las leyes más adecuadas para proteger y conservar su organismo político y los intereses de los particulares. Este poder tiene, sin embargo, sus justos límites, puesto que ninguna soberanía puede, á su arbitrio, someter á sus preceptos legislativos las personas, los bienes y los actos jurídicos, sino que debe tener en cuenta la condición de aquéllas, la naturaleza de las relaciones de derecho, y las exigencias de la vida social, para fijar los límites de su competencia especial como legisladora.

(1) Véase mi obra de *Derecho internacional público* (tercera edición), parte general, lib. I, cap. II (traducida al francés por Mr. Antoine y al castellano por García Moreno.)

**35.** *La competencia de cada soberanía como poder legislativo, debe ser determinada según los principios del derecho, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídica, los intereses sociales y el interés general.*

No puede desconocerse que hasta que se establezca un derecho común obligatorio, mediante tratados, podrá toda soberanía, con entera independencia, admitir ó rechazar la autoridad de las leyes extranjeras, y no podrá concederse á los Magistrados ni á los particulares que se sustraigan al imperio de la ley. Sería, sin embargo, un verdadero contrasentido jurídico el sostener que no existen reglas y principios acerca de la competencia de todo poder legislativo, ó el admitir que los principios del derecho y de la justicia pueden justificadamente trastornarse so pretexto de proteger los intereses nacionales.

El sistema que niega toda autoridad á las leyes extranjeras ó que hace derivar la autoridad extraterritorial de las mismas del beneplácito del soberano ó del interés recíproco, debe considerarse como fundado en el modo exagerado de entender el principio de la independencia de los Estados. Será, sin embargo, una verdad permanente que los intereses generales deben conciliarse siempre con los intereses nacionales y con el respeto debido á los derechos de la soberanía territorial; pero debe reputarse error evidente el sostener que no hay reglas jurídicas para determinar la competencia legislativa de cada poder soberano respecto de las personas, de los bienes, de las sucesiones, de los contratos, del procedimiento de la ejecución de las sentencias extranjeras, etcétera.

**36.** *Toda soberanía puede regular con sus propias leyes los derechos privados de las personas y las relaciones de las familias sujetas á su autoridad, y los negocios ó actos jurídicos que tengan su origen ó hayan de realizarse en el territorio en que impere, aun cuando las relaciones jurídicas que de ellos se derivan se desarrollen en territorio extranjero, con tal que no se perjudiquen los intereses ni los derechos legítimos de la soberanía territorial ni del orden público.*

Para explicar esta regla debemos observar que la soberanía territorial tiene en nuestro tiempo una base muy distinta de la



que tenía en la época feudal, y que tiene todavía en aquellos Estados que han conservado el carácter y el espíritu del feudalismo. El Estado moderno es un organismo jurídico, y su principal misión se resume en la *tutela del derecho*. La soberanía se considera aun como territorial, pero no en el sentido de que le pertenezca la propiedad del suelo ó el derecho eminente sobre las personas que habitan en el territorio, sino sólo en el sentido de que ejerce el *imperium*, la *auctoritas* y la *jurisdictio* sobre dicho territorio. Los derechos correspondientes á los individuos están protegidos por la ley, pero no se consideran como una concesión del legislador, sino como facultades de la personalidad humana.

Conviene además advertir que la actividad del individuo no puede circunscribirse á los límites territoriales del Estado de que se es ciudadano, sino que tiende á ampliarse hasta los más extensos confines. Sin romper los lazos que lo ligan á su patria, se siente y considera todo hombre como ciudadano del mundo, y no sólo entra en relaciones con extranjeros de países diferentes, sino que atiende á distintos negocios de diversa índole en todos los puntos de la tierra y adquiere bienes y transmite y dispone de su propiedad por actos *inter vivos* ó de última voluntad. De aquí ha resultado de hecho el consorcio internacional, como de la multiplicación de las relaciones entre las personas que se establecen en las ciudades nace su consorcio civil.

Es, pues, evidente que ni todas estas relaciones pueden regirse por la misma ley, ni puede ser indiferente aplicar á un pueblo las leyes hechas para otro. Cada sistema legal, como dice Montesquieu, debe ser propio de cada pueblo, puesto que debe referirse á los usos, á las tradiciones, á la cultura, á las costumbres, á la constitución y á todas las contingencias etnográficas, físicas y morales en que se encuentre. Las leyes deben estar además relacionadas entre sí, con el orden de cosas para que fueron sancionadas, con el fin que se propuso el legislador, y con los intereses que mediante ellas se intenta proteger; y no puede admitirse sin reducir casi á la nulidad la misión del Estado que su competencia legislativa deba ejercitarse dentro de los límites de sus fronteras territoriales.

Debe reconocerse, por otra parte, que incumbe al Estado

conservar el organismo político y todo aquello *quod ad statum rei publicæ spectat*. Por consiguiente, la aplicabilidad de las leyes extranjeras no podrá admitirse en aquello que al aplicarlas perjudicase á la conservación del Estado y á los intereses generales de la comunidad política. De estos dos principios se sigue que puede admitirse la autoridad extraterritorial de las leyes extranjeras en lo que *ad singulorum utilitatem pertinent*, pero que debe considerarse como absoluta y exclusiva la autoridad territorial de las leyes en aquello que *ad statum rei publicæ spectant*.

**37.** Explicada y aclarada de este modo la regla, no nos atrevemos á decir que hemos aclarado su aplicación. En efecto, resta aun la grave dificultad de distinguir cuáles sean las leyes que tienen por objeto defender el organismo político en aquello que *ad statum rei publicæ spectat*. Esta es verdaderamente la cuestión más grave de la ciencia del derecho. En términos generales, es fácil distinguir las leyes en dos grandes categorías, á saber: las que rigen directamente los intereses generales y proveen á la tutela del derecho social y del orden público, y las que se refieren á los intereses particulares y proveen á la tutela del derecho privado y de la utilidad de los particulares. Por consiguiente, cuando se quiere resolver de hecho si una ley dada pertenece á una ó á otra de dichas categorías, es muy difícil evitar toda duda. Así, pues, las leyes sobre la patria potestad y sobre el poder marital, las concernientes á los actos del estado civil, y otras, forman parte del derecho privado, pero interesan, sin embargo, en alto grado á la constitución del Estado y al orden público, á pesar de que no sean leyes políticas.

En la materia objeto de nuestras investigaciones es aun más grave la dificultad, porque al decidir si una determinada ley ha de clasificarse en una ú otra categoría, debe determinarse también si de la aplicación de la ley extranjera en el territorio del Estado se origina ó no alguna ofensa á la ley territorial, cuya autoridad debe considerarse absoluta y exclusiva en el territorio.

**38.** La legislación y la ciencia no dan criterios positivos, ciertos y concretos para enumerar las disposiciones legislativas que por diverso título y en distinto grado interesan al orden público. Deben considerarse como tales, no sólo las leyes consti-



tucionales, administrativas, penales y todas aquellas que se llaman generalmente leyes de policía y seguridad, sino también las que proveen á la seguridad de las personas y de la propiedad, á las que velan por la conservación de las buenas costumbres, y, en general, á las que proveen á la organización social. El carácter distintivo de dichas leyes es el de que, dirigiéndose á proteger ciertas exigencias sociales, se imponen absolutamente á todos y no es lícito en ningún caso á los particulares derogar los preceptos imperativos de dichas leyes.

La dificultad de distinguirlas es en ciertos casos verdaderamente grave, porque en sustancia no es posible establecer una línea de separación entre los intereses sociales y los de los particulares asociados, siendo así que, pudiendo sacar los individuos mayores ventajas de la mejor organización social, las leyes que tienden á esto proveen indirectamente á sus particulares intereses, y, por otra parte, el tener cada cual su posición jurídica según se determina y establece por el legislador en sus relaciones con la familia y con su patrimonio, tiende á evitar la confusión y la anarquía, y provee, por consiguiente, á la mejor organización social y al orden público.

Debemos notar además que, así como las exigencias y las necesidades sociales son diversas según las contingencias de lugar y tiempo, en relación al principio, político aun en el interior del Estado, así también las disposiciones de orden público deben con más razón ser diferentes en los diversos Estados. Claro es que toda soberanía debe proteger el orden público y el derecho social, siguiendo aquellos criterios y principios que sean la más fiel expresión de las convicciones jurídicas y morales del pueblo, y que ninguna puede tener la pretensión de imponer las suyas á los demás pueblos ó á las otras soberanías.

No debe elevarse á máxima que el orden público interior haya de considerarse lesionado por admitir en el territorio la aplicación de una ley extranjera, informada por principios de organización social y de orden público diversos de los que prevalecen en el Estado. Si con este concepto quisiera establecerse un criterio de limitación á la autoridad extraterritorial de las leyes, se llegaría á restringir demasiado el campo de su aplicación. El

desarrollo de los mismos principios morales en todo sistema de leyes positivas debe ser diverso, puesto que aquéllas no expresan lo absolutamente justo, sino lo que lo es relativamente, ó sea lo que más conviene, lo que puede ser más adecuado en aquellas circunstancias para conseguir lo mejor y evitar lo peor; por lo cual no puede ningún Estado abrigar la pretensión de haber fijado en sus leyes, mejor que los otros, los principios morales, ó considerarse perjudicado admitiendo leyes extranjeras que en distintas circunstancias hubiesen procedido de diverso modo á desarrollar los principios morales y los de la justicia natural (1).

**39.** Pueden darse casos en que haya que reconocer que, el admitir la aplicación de una ley extranjera informada en principios diversos y opuestos, ocasione una lesión á las leyes territoriales, á las que no puede atentarse sin atentar al mismo tiempo á la vida jurídica del Estado y al derecho social. Pero el determinar estos casos es la investigación más difícil y más vasta en que se revela el ingenio del jurisconsulto y del magistrado. Estudiando el espíritu de la propia legislación y las principales exigencias de la vida jurídica y social del Estado, puede llegar á de-

(1) Las leyes positivas no son las de la naturaleza humana tal como debería ser, sino las del hombre, tal como es en las circunstancias históricas en que se halle, y de aquí que no puedan fijarse en lo mejor absoluto, sino en lo mejor posible y realizable.

Por esto cada sistema de leyes es la expresión de la vida social de un pueblo, y la historia de las diversas instituciones jurídicas representa la de los orígenes, progresos, transformaciones, decadencia y ruina de las diversas instituciones sociales. El derecho positivo representa la evolución progresiva de los principios de la justicia natural y de los principios morales en la conciencia del pueblo. Esta es la razón por que el derecho tiene su historia, y porque ningún pueblo puede pretender haber representado en sus leyes más exacta y rectamente los principios morales. El método experimental aplicado á la ciencia de la legislación, ha puesto de relieve las relaciones entre las leyes y los fenómenos sociales.

Preguntado Solón si había dado á su pueblo las mejores leyes, respondió que las que más le convenían. Estas palabras son la expresión de la más alta sabiduría jurídica y la más sabia lección para los legisladores.



terminarse cuáles sean las disposiciones legislativas, culto absoluto respecto á reclamar las imperiosas exigencias sociales. Determinadas éstas, cuando los efectos que puede producir en el territorio del Estado el reconocimiento de la autoridad de una ley extranjera son atentatorios al imperio absoluto de las leyes, sería una necesidad inevitable negar á dicha ley extranjera toda eficacia.

Todas las leyes pueden dividirse en dos grandes categorías:

La primera comprende las que se proponen crear ó abolir ciertas instituciones jurídicas;

La segunda, aquellas que fundan y desarrollan mejor ciertas instituciones ya existentes, y determinan las condiciones jurídicas para la adquisición, el goce y el ejercicio de los derechos relativos á las mismas.

Las leyes de la primera categoría se subdividen en dos clases. Pertenecen á la primera las que crean nuevas instituciones jurídicas, y determinan en general los derechos relativos á tales instituciones pertenecientes á los que están ó pueden estar sujetos á la autoridad de la ley. A la segunda pertenecen aquellas que tratan de abolir ciertas instituciones jurídicas ó que prohíben en absoluto cualquier relación jurídica referente á ciertas instituciones prohibidas.

La ofensa y la lesión de la ley territorial resultará evidentemente cuando, habiendo ésta abolido una institución jurídica ó la posibilidad de la relación referente á dicha institución, se quisiera invocar la autoridad de una ley extranjera para considerar vigentes la institución abolida ó las relaciones jurídicas relativas á la misma.

Por consiguiente, en la hipótesis de que la ley territorial hubiese dado á una institución admitida también por la ley extranjera, fundamento y desarrollo diverso, y se tratase de reconocer en el territorio la autoridad de dicha ley extranjera respecto de una relación ó de un acto jurídico relativo á dicha institución, en tal caso surgiría la dificultad de un modo inevitable; y las reglas para poder resolverla iremos exponiéndolas en el curso de este tratado.

**40.** *Los principios generales relativos á la autoridad territo-*

*rial y extraterritorial de las leyes, sólo pueden ser obligatorios para los Estados mediante los correspondientes tratados.*

La ciencia debe indudablemente investigar y determinar los principios relativos á la autoridad de las leyes, y la importancia de esta investigación científica es mayor que la de cualquier otro ramo de la enciclopedia jurídica, á causa de la falta de un acuerdo respecto de dichos principios fundamentales y de la necesidad de establecerlo. Es además evidente que no podrá conseguirse ver aceptadas por los Estados reglas uniformes para evitar los conflictos entre las leyes de diversos países, si antes no se han generalizado las convenciones jurídicas acerca de la autoridad extraterritorial de las leyes, y no se ha establecido en este punto la comunidad de ideas y de reglas de derecho.

Será siempre una verdad que las reglas jurídicas formuladas por los jurisconsultos no podrán ser positivas para los legisladores y los Magistrados si no han sido aceptadas por los Estados mismos mediante tratados.

Estos son verdaderamente el medio general para convertir las reglas del Derecho internacional en reglas de derecho positivo, no pudiendo declararse de otro modo obligatorios para los Estados los principios del derecho, sino mediante el recíproco consentimiento y la formal obligación contraída en los tratados de observarlos y respetarlos.

A esto se tiende en nuestra época, y será el buen éxito tanto más fácil, cuanto que de una parte reclaman los ciudadanos de todos los países que se resuelvan de un modo uniforme los conflictos entre las diversas legislaciones civiles y comerciales, á fin de que en el rápido y continuo movimiento progresivo de los hombres y de los negocios, pueda cada cual conocer con seguridad la ley que debe seguir y qué Código puede protegerlos. De otra parte, el derecho elaborado por los jurisconsultos adquiere cada vez mayor autoridad como consecuencia de la laudable iniciativa tomada para sustituir la opinión científica individual con la colectiva, manifestada y discutida en los Congresos por los publicistas de los diversos países reunidos para formular cierto número de reglas generales por las que puedan resolverse los conflictos entre las diversas leyes y hacerlas obligatorias para todos los Estados.



Hasta que lleguen á hacerse obligatorias para los Estados ciertas reglas uniformes, podrá siempre suceder que uno ú otro Estado, sin preocuparse de lo que los demás hagan, sancione los preceptos relativos á la autoridad de la ley extranjera en su propio territorio. Esto ha hecho el legislador italiano que ha codificado el modo de resolver los conflictos entre nuestras leyes y las extranjeras, dando á los Magistrados ciertas reglas generales por las que puedan decidir acerca de la autoridad y la eficacia de las leyes extranjeras en el reino de Italia.

Esta generosa y liberal iniciativa es tanto más laudable, cuanto que el legislador italiano no ha subordinado la aplicación de las reglas sancionadas á ninguna condición de reciprocidad. Debemos, sin embargo, notar que nuestras leyes referentes á las relaciones internacionales no pierden su carácter de leyes interiores.

Es verdad que cuando un Estado proclama con un acto unilateral los principios de Derecho internacional, dando á los mismos la sanción por medio de una ley constitucional ó de leyes particulares, asume la obligación de observar y defender los principios por él sancionados, y mantenerlos como obligatorios mientras no se derogue ó modifique la ley por él promulgada. Lleva esto consigo la consecuencia de que un Estado puede asumir una obligación internacional mediante un acto unilateral, y esta es la razón por qué, mientras se hallen vigentes las disposiciones de Derecho internacional privado sancionadas por nuestro legislador, deben reputarse obligatorias por el Estado italiano, por los jueces y por las demás personas sometidas al imperio de nuestras leyes. Sin embargo, si los demás Estados, siguiendo el ejemplo dado por Italia, sancionasen también las mismas reglas de Derecho internacional en sus leyes interiores, no sería esto suficiente para atribuir el carácter de internacionales á las diversas leyes particulares.

Las reglas de Derecho internacional propiamente dichas sólo pueden convertirse en reglas de derecho positivo mediante el *consensus gentium*, y, por consiguiente, sólo mediante tratados generales por ellos estipulados podrá establecerse un derecho uniforme para resolver los conflictos entre las leyes de los diversos Estados.

## PARTE GENERAL

Siendo nuestro propósito investigar qué ley debe aplicarse para regular cada relación jurídica cuando llegue el caso de que pueda estar sujeta dicha relación á leyes positivas diversas y contrarias, hemos creído oportuno considerar primeramente la cuestión bajo un punto de vista general, determinando cuál debe ser la ley á que han de reputarse sometidas las relaciones jurídicas concernientes al estado de las personas, los derechos y las relaciones de familia, los derechos patrimoniales y la forma de los actos. Trataremos, pues, de todo esto en capítulos separados, cuyos respectivos epígrafes serán:

- De la ley personal;
  - De la ley de la familia;
  - De la ley real;
  - De la ley que debe regir los derechos que se derivan de la sucesión;
  - De la ley que debe regir los derechos que se derivan de las obligaciones;
  - De la ley que debe regir las formas de los actos;
  - De las leyes de orden público.
- Examinaremos, por último, cómo debe comprobarse la ley extranjera y ponerse en conocimiento del juez que haya de aplicarla.

Fijando la ley á que debe considerarse sometida en general cada institución jurídica, ó lo que es lo mismo, fijando los límites de su autoridad, se facilitará el modo de resolver en particular los conflictos que pueden surgir siempre que concurren leyes positivas diversas y contrarias, y que sean aplicables á las relaciones que nacen al ejercitar los derechos.