

MANN, F. A. *Conflict of Laws and Public Law*. 847
Por FERNANDO A. VÁZQUEZ P.

pacht en el asunto Boll, en el sentido de que aun en el caso de no existir una cláusula expresa de orden público, el mismo puede en todo caso ser invocado con relación a una convención, pero que tal excepción debe ser formulada en un sentido restrictivo y compatible con el alcance del tratado.

En la sección D, relativa a las relaciones en el tiempo, especialmente el conflicto transitorio de derecho internacional privado, hace notar que entre las diversas hipótesis de un conflicto en el tiempo que vienen a añadirse a los problemas relativos a los conflictos en el espacio, tan sólo el conflicto transitorio de derecho internacional privado parece presentarse con cierta frecuencia, mientras que el conflicto transitorio de derecho extranjero y el conflicto móvil parecen surgir tan sólo en casos del todo particulares, por lo que el profesor Overbeck se limita a mencionar estos dos últimos casos brevemente para dedicar su atención fundamentalmente al conflicto transitorio de derecho internacional privado.

Por lo que se refiere al conflicto transitorio de derecho extranjero, el profesor Overbeck señala que en esta materia, la solución generalmente admitida consiste en referirse al derecho transitorio de la ley declarada como aplicable, sin que este problema sea normalmente previsto en las convenciones, haciendo notar no haber podido encontrar ninguna convención que regule este aspecto.

En cuanto al conflicto móvil, el mismo está generalmente previsto en las convenciones, fijando con precisión el momento en que debe determinarse el punto de conexión, refiriéndose posteriormente a ejemplos de conexión fija, variable, alternativa y acumulativa.

Por lo que se refiere al conflicto transitorio de derecho internacional privado en general, el autor lo plantea diciendo que la entrada en vigor para un Estado de una convención de derecho internacional privado, modifica las normas de conflicto de leyes y de jurisdicciones de tal Estado, por lo que se trata de saber, dado que la especie se refiere a elementos de hecho que se han realizado antes de tal cambio, en qué medida se aplicarán las antiguas normas y en qué medida las nuevas, pasando a continuación a referirse a diversas convenciones internacionales y a las soluciones que han ido dando los tribunales de distintos países como son Austria, Francia, los Países Bajos, Suiza.

En esta forma termina el curso del profesor Overbeck, que se destaca sin duda, por el profundo conocimiento y el notable trabajo de reunión de resoluciones jurisprudenciales relativas a la aplicación de tratados internacionales, que lleva el autor respecto a las resoluciones de Alemania, Austria, Bélgica, Estados Unidos, Francia, Italia, los Países Bajos, Inglaterra y Suiza.

MANN, F. A. *Conflict of Laws and Public Law*, en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, tomo 132 de la colección (1971-I), A. W. Sitjhoff Leyde, 1971 páginas 107-196.

1. Plan del Curso. El curso del profesor Mann está compuesto de una introducción y dos partes, la primera de las cuales, que comprende los capítulos I y II, se refiere a la relación entre el conflicto de leyes del foro y su propio derecho público, mientras que en la segunda, integrada por los capítulos III, IV, V y VI se ocupa de la relación entre el conflicto de leyes y el derecho público extranjero.

2. La introducción está integrada por cuatro incisos, en el primero de los cuales

esboza Mann el plan general de su curso, para pasar en el segundo, al problema de la distinción entre derecho público y privado, empezando por advertir que no intentará definir el primero, haciendo notar que si bien parece poco satisfactorio abordar un tema tan vinculado al concepto de derecho público como el del curso, no resulta en realidad tan importante la omisión, a menos de que la distinción entre derecho público y privado llevara a alguna consecuencia en el ámbito del conflicto de leyes. Por otra parte, destaca el autor, que los recientes desarrollos del derecho público han hecho mucho más confusa aún la distinción entre derecho público y privado, en virtud de lo cual tal diferenciación pierde interés.

En el tercer inciso, aclara que tampoco se ocupará de la descripción de si existe o no un conflicto de derecho público, es decir, una rama de derecho público que cumpla una función similar a la que cumple respecto al derecho privado el derecho internacional privado.

El autor hace notar que no existe tal tipo de normas, a pesar de que sí existen casos en que el derecho del foro reconoce algunas situaciones que se han consumado conforme a un derecho público extranjero, como en el caso en que se da efectos internacionales a una licencia automovilística, o en el caso en que se admiten como crédito fiscal los impuestos pagados en un país extranjero.

En el último inciso hace notar que tampoco se ocupará del derecho de procedimientos civiles ni del derecho internacional público.

3. Primera Parte. Como antes mencionamos, la primera parte del curso, relativa a las relaciones entre el conflicto de leyes del foro y su propio derecho público, está integrada por los capítulos I y II, el primero de los cuales se refiere al orden público (public policy) y el derecho público del foro, mientras que el segundo se refiere al conflicto de leyes dentro del derecho público del foro.

El capítulo primero a su vez se integra por tres incisos:

- A. El derecho público como un determinante del orden público (public policy).
- B. La irrelevancia del orden público (public policy), cuando el derecho público del foro incluye una prohibición.
- C. La influencia del derecho público interno sobre la evolución de las normas de orden público internacional.

A. Por lo que se refiere al primero de los incisos, el autor destaca que:

a) la impresión que se tiene a primera vista de que toda norma de derecho público implica necesariamente un caso de orden público internacional resulta falso, ya que más bien debe estarse a lo que el autor considera las ideas guía en la materia, según las cuales, en principio, existen en el foro normas de derecho público que prohíben alguna transacción;

b) que existen normas de derecho público que requieren ser observadas dentro del ámbito de la ley del foro;

c) que únicamente cuando la norma, sea legislativa o judicial, reconoce principios fundamentales de moralidad, justicia o salud, que tal derecho público y en tanto la expresión de los mismos constituye un caso de orden público (public policy);

d) que si un caso concreto cae en uno u otro de los supuestos, es una cuestión de interpretación legal y de resolución judicial, haciendo destacar que lo relevante es fundamentalmente la intención del legislador o del productor de la norma en el caso del "common law".

B. En el segundo inciso de este capítulo, se ocupa el profesor Mann, como arriba

indicamos, de la irrelevancia del concepto de orden público en los casos en que existe una prohibición en la ley del foro, haciendo notar que en aquellos supuestos en que la ley interna establece una prohibición, no es necesario ni procedente acudir al concepto de orden público para excluir la aplicación de la norma de conflicto, ya que evidentemente, una norma de conflicto no puede dar validez a un acto que está terminantemente prohibido por la ley del foro.

C. En el tercero y último inciso de este capítulo, analiza la influencia del derecho público interno en la evolución de las normas internas de orden público internacional, haciendo ver que el problema real respecto a la relación entre derecho público y orden público (public policy), se presenta cuando el primero, aunque desde luego de derecho imperativo, no regula el caso en cuestión en virtud de que el mismo se presenta en el extranjero, problema respecto al cual concluye el autor que la norma extranjera debe ser considerada como violatoria del orden público (public policy), del foro sí, pero sólo si la intensidad, profundidad y carácter fundamental de la norma de derecho público del foro, sea de origen legislativo o judicial, es de tal naturaleza que exige tal consideración, por lo que la clasificación no depende del hecho de ser de derecho público o no.

4. En el capítulo segundo se ocupa, como antes se indicó, del conflicto de leyes en el derecho público del foro, y subdivide tal capítulo en cuatro incisos, el primero de los cuales se refiere a lo que el mismo autor designó en su artículo publicado en el año 1963 en la *Law Quarterly Review* como "The Primary Question of Construction" consistente en determinar si los conceptos del derecho público interno, como problema de interpretación, se refieren a los utilizados por las normas de conflicto internas o a las normas internas. Es decir, en este primer inciso plantea el autor si los conceptos utilizados por el derecho público interno deben considerarse como referidos a los utilizados por las normas de vinculación o a los utilizados por el derecho material interno.

En los dos incisos siguientes analiza el autor diversos ejemplos tomados del derecho inglés y alemán para pasar en el cuarto y último inciso del capítulo a hacer algunas sugerencias de carácter general y, en palabras del mismo autor, de carácter provisional.

En sus conclusiones advierte el autor que no es posible llegar a conclusiones definitivas por tratarse de un problema de interpretación, y plantea sus conclusiones generales en el sentido de que un término o concepto utilizado por el derecho público interno, debe tener el significado que le es atribuido por el derecho interno o por el derecho extranjero al cual se refiere la norma de conflicto y, que, por tratarse de un problema de interpretación no puede darse una respuesta general, aunque si se trata de conceptos con un significado bien definido y característico del derecho interno, debe considerarse como aplicable tal concepto, así como que en los casos en que el concepto del derecho interno del foro debe aplicarse, y no la norma de conflicto, el foro debe tomar los hechos tal como los encuentre, independientemente de las clasificaciones, definiciones o tecnicismos del derecho extranjero, para clasificarlos dentro del esquema del derecho interno del foro.

5. La relación entre las normas de conflicto y el derecho público extranjero.

La segunda parte del curso está destinada, como arriba se indicó, al análisis de la relación entre las normas de conflicto y el derecho público extranjero, tema en el que se ocupa en los restantes capítulos del curso, iniciando su análisis en el capítulo tercero, refiriéndose al carácter sacrosanto del acto de Estado extranjero, mismo que a su vez subdivide en cuatro incisos, en el primero de los cuales se refiere al desarrollo de la teoría en general, para pasar a analizar los principales efectos que ha tenido tal teoría

en la práctica judicial, los fundamentos de tal doctrina, y llegar así, a través del análisis anterior, al principio verdadero que debe ser aceptado.

Inicia el autor su análisis en este capítulo haciendo notar que el aspecto más importante de lo que se ha descrito como el carácter sacrosanto del acto de Estado extranjero es la doctrina que impide al juez inquirir sobre la validez de un acto de Estado extranjero, y que prevalece casi exclusivamente en los países angloamericanos.

En adelante se refiere al desarrollo de tal doctrina, haciendo referencia a la resolución de la Cámara de los Lorens en 1348, que fue el punto de partida de la misma al establecer que las cortes inglesas eran incompetentes para poner en juicio un acto de Estado extranjero y que a través de los desarrollos obtenidos en la resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos en 1347 en el caso *Underhill vs. Hernández*, dio como conclusión esta doctrina.

En el segundo inciso, se refiere a los principales efectos producidos por tal doctrina en la parte judicial, refiriéndose a que la misma ha producido en primer lugar, el que los tribunales no puedan analizar el problema de si un acto de Estado extranjero queda invalidado por infringir una norma de derecho internacional consuetudinario.

En segundo lugar, apunta el autor que tanto en los Estados Unidos como en Inglaterra, los tribunales están igualmente impedidos de inquirir sobre la validez constitucional de la legislación puesta en vigor por un Estado extranjero: en tercer lugar, que la validez de los actos del ejecutivo extranjero, no pueden ser cuestionados si fueron realizados sin la autorización legal necesaria o en virtud de que carecen de justificación legal conforme al derecho interno extranjero y en cuarto lugar, que en la misma forma el acto de Estado extranjero no puede ser considerado como incompatible con el orden público (*public policy*), y por lo mismo como nulo en el foro.

Apunta el autor que esta doctrina, a pesar de ser de origen inglés, en Inglaterra ha encontrado muy poca aplicación mientras que en los Estados Unidos se ha desarrollado en forma considerable y en una medida cada vez creciente que está impidiendo cualquier crítica de cualquier tipo a cualquier acto de Estado extranjero.

En el tercer inciso, se hace el autor a la tarea de encontrar los fundamentos de tal doctrina, anotando que la misma, en primer lugar, no está basada en el derecho interno público y que en segundo lugar, tampoco está basada en el derecho constitucional.

En el cuarto inciso, trata el autor de encontrar los principios jurídicos a los cuales debe adecuarse la doctrina del acto de Estado extranjero, empezando por señalar que:

a) El foro es competente para inquirir sobre la validez dentro de su propio derecho del acto de Estado extranjero, sea que el mismo sea de carácter ejecutivo o legislativo, en la medida en que sea permitido o requerido por la ley del estado extranjero y,

b) que aún en el caso de que la validez del acto de Estado extranjero conforme al derecho internacional, no pueda ser investigada conforme a la ley del Estado extranjero, el foro tiene la puerta abierta para hacer tal investigación en la medida en que sus cortes estén obligadas a aplicar el derecho internacional,

c) que el orden público (*public policy*) del foro puede ser invocado en contra del acto de Estado extranjero sea de carácter legislativo o ejecutivo, en la misma forma en que opera con relación a las transacciones de personas privadas, y

d) que cuando se alega que un acto realizado en un Estado extranjero lo ha sido incorrectamente, su legalidad debe ser juzgada conforme a las leyes del Estado extranjero.

6. En el capítulo cuarto se ocupa el autor de la teoría según la cual existen puntos

especiales de conexión para el derecho público extranjero, doctrina que ha sido expuesta fundamentalmente por autores alemanes a partir de su proposición por el profesor Wengle en 1941 y revisada por el profesor Zweigert en 1965, y conforme a la cual el juez debe considerar y en caso necesario, aplicar las leyes prohibitivas de cualquier sistema jurídico suficientemente conectado con el contrato, abandonando así la teoría o complementando la teoría de la ley propia del contrato.

A fin de determinar qué leyes reúnen ese carácter de suficiente cercanía con el contrato, el profesor Zweigert hace un proceso de evaluación a fin de distinguir entre las normas vecinas y las lejanas para sostener que si una norma es vecina por su carácter, por ejemplo, es una norma típica en la comunidad internacional que requiere de protección, debe ser reconocida internacionalmente; para después de hacer un análisis crítico de tal doctrina, llegar a la conclusión de que en la actualidad debe ser desechada no debiendo admitirse ninguna doctrina que implique puntos de contacto especiales para el derecho público extranjero, pues son contrarias a la tendencia de abandonar la estéril dicotomía entre derecho público y derecho privado para seleccionar libremente las normas de conflicto para las relaciones típicas de hecho y de derecho en sus distintos aspectos.

7. En el capítulo quinto, relativo a la aplicación del derecho público extranjero, parte del principio universalmente aceptado de que el derecho público extranjero no puede ser aplicado extraterritorialmente, para analizar qué significa en tal principio el término derecho público y qué se entiende por aplicación para los efectos del mismo.

Inicia el autor su exposición en el inciso primero del capítulo, refiriéndose al fundamento de tal doctrina, haciendo notar que los actos *iuri imperi* de un Estado extranjero, realizados en el ejercicio de sus derechos soberanos con la finalidad de hacer valer su poder soberano sobre los individuos, no pueden ser realizados conforme a derecho en forma extraterritorial sin el consentimiento del soberano territorial.

En el inciso segundo, se refiere a la posibilidad de establecer excepciones a tal principio a través de tratados internacionales, para referirse después a algunos problemas que se han planteado con tal tipo de tratados y en concreto con relación al tratado celebrado entre Estados Unidos y la URSS conocido como Cesión Litvinow (Litvinow Assignment).

En el inciso tercero, trata de determinar el significado y alcance del derecho público extranjero para efectos del principio a que el mismo capítulo se refiere, señalando que si bien es claro que en unos casos bien definidos, conforme a los cuales, a falta de un tratado internacional debidamente celebrado, no pueden ser ejecutadas las normas extranjeras, como en los casos de la legislación penal, fiscal, control de cambios, restricción de exportaciones, contra monopolios y confiscatoria, existen algunos otros dudosos entre los cuales están aquellos en que el Estado extranjero demanda el repago de beneficios de seguridad social u otras cantidades adeudadas con relación a beneficios específicos que el Estado extranjero ha conferido al demandado.

Al respecto hace notar que, por una parte, no existe dificultad cuando el Estado extranjero demanda el pago de contribuciones relativas a seguros de salud, desempleo, edad avanzada o beneficios similares, ya que tales contribuciones son de carácter fiscal, teniendo la naturaleza de impuestos, por lo que en principio no pueden ser cobrados extraterritorialmente, pero que, por otra parte, existen cuando menos dos tipos distintos de casos que deben ser vistos como excepciones a tal regla, el primero de los cuales se presenta cuando un Estado extranjero ha hecho pagos o concedido beneficios, con-

forme a la legislación de seguridad social o en otra forma prestando servicios en virtud de los cuales, conforme a la legislación tiene derecho a un repago, pues en tal caso la demanda no está basada estrictamente en el *iuris imperi*, sino más bien es de naturaleza cuasicontractual por lo que debe proceder.

El segundo caso es más dudoso y se presenta cuando el Estado demandante no ha hecho un pago al demandado, sino cumplido con una de sus responsabilidades, señalando que en estos supuestos la pregunta es si la demanda es hecha como un acto de soberanía y, siendo la respuesta negativa por derivarse o por ser de naturaleza privada, tal demanda debe proceder.

El inciso cuarto y final de este capítulo está destinado a tratar de determinar el significado de ejecución con relación al principio a que el mismo se refiere, haciendo notar que conforme al derecho internacional, la ejecución es negada en aquellos casos en que se presentan tres elementos: el primero, que un juicio sea iniciado por el gobierno o una persona de Estado para la vindicación o para hacer efectivo el derecho público, en oposición a demandas hechas por personas privadas en su propio interés; en segundo lugar, la ejecución directa e indirecta del derecho público, y en tercer lugar, no solamente la forma en que la demanda es hecha sino la sustancia misma de la demanda, condiciones cuya existencia es siempre una cuestión de hecho que dependerá de la prueba y, si bien puede ser peligroso generalizar, puede ayudar el tratar de establecer los aspectos principales, con relación a lo cual hace notar en primer lugar que para caer dentro del principio, la demanda debe tener como objeto principal la ejecución de un asunto derivado del *iuris imperi* o que implique el *iuris imperi*, en segundo lugar, el principio entra en operación si el derecho público es ejecutado en beneficio del Estado extranjero y en tercero y último lugar, que no es permitido al demandado ejecutar los derechos o las prerrogativas de un Estado extranjero invocándolas como forma de defensa en los tribunales del foro.

8. El capítulo sexto se refiere a la aplicación del derecho público extranjero y está dividido en tres incisos, en el primero de los cuales se refiere el autor a la pretendida inaplicabilidad del derecho público extranjero en general, analizando en tres subincisos sus diferencias con la doctrina del orden público, con la ejecución del derecho público extranjero y aclarando, por último, que no se le puede considerar como una doctrina generalmente aceptada.

En el inciso segundo, se refiere al alcance de tal doctrina en Suiza, Francia y Alemania, señalando que por lo que se refiere a Suiza y a Francia, puede hacerse notar que en la mayoría de los casos las cortes se han negado a aplicar el derecho público extranjero, no precisamente con base en el principio de que el mismo no debe surtir efectos, sino por motivos distintos, y si bien en Alemania el principio parece haber sido aceptado, la verdad es que en los casos en que se ha negado la ejecución del derecho extranjero, ha sido también con fundamento distinto al del principio que se analiza.

En el inciso final del capítulo, hace una crítica de la doctrina, subdividiéndola en tres incisos, en el primero de los cuales, se refiere al hecho de que el problema no tiene que ver con la problemática de la territorialidad, haciendo notar que es incorrecto describir el derecho público como sujeto al principio de la territorialidad, implicando con ello que el derecho privado esté sujeto a un principio distinto, ya que todo legislador legisla exclusivamente para su propio territorio o posiblemente para sus nacionales. En consecuencia, no se debe preguntar por el carácter del derecho extranjero sino por

aquello a que se refiere la norma de conflicto, haciendo notar que la respuesta es al derecho extranjero como un todo, tal como se encuentra en vigor.

En segundo lugar hace notar, como ya se indicó, que el juez que es enviado por la norma de conflicto del foro a un sistema jurídico extranjero no puede decirse que aplica el derecho público extranjero sino en la medida en que su propia norma de conflicto así lo requiere y al respecto, hace notar lo que indica Melchior diciendo que: "nosotros nunca aplicamos derecho público extranjero, nosotros aplicamos directamente aquel derecho público como en derecho privado. La medida en que éste sea influido por derecho (interno o externo) administrativo es un asunto del caso...". "consecuentemente, a menos que intervenga el orden público, nosotros tomamos el derecho público en cuenta en la medida exacta en que el derecho privado de la causa lo prescribe".

Sin embargo, existen cuando menos dos casos en los cuales el derecho público debe ser aplicado directamente, así la nacionalidad de una persona es determinada por el derecho público extranjero, de la misma forma que es el derecho público extranjero la *lex moneta* la que determina lo que significa una moneda extranjera: en estos casos el derecho monetario gobierna y en ambos la respuesta no puede ser encontrada en forma distinta. En ambos casos el derecho público extranjero se aplica en virtud de la norma de conflicto del foro.

En el inciso final hace notar cómo el principio de no aplicación del derecho público extranjero no resulta atractiva y además no es convincente.

Partiendo de esta aceptación de que, dentro de los límites de la norma de conflicto y sujeto siempre al imperativo del orden público el juez tiene que aplicar el derecho extranjero, no hay *a priori* lugar para incluir el derecho público en una categoría especial o inferior, destacando que el problema es más importante desde el punto de vista de política del derecho, o especialmente en los aspectos morales del principio, ya que un intento de atribuir una calidad inferior al derecho público extranjero implica la autorización para violar, evadir y evitarla, lo cual lleva al autor a pronunciarse con la negativa ante el problema de la aceptación de tal principio.

Por último, hace notar que tal postura resulta contraria a la conciencia jurídica por implicar una abierta falta de respeto al orden jurídico extranjero, por lo que indica que excepto en los casos en que el orden público interviene, el juez, de acuerdo con las direcciones de su propia norma de conflicto, debe aplicar la ley del caso sin tomar en consideración si la misma tiene el carácter de pública o privada.

Fernando A. Vázquez P.

BOWEN, CATHERINE DRINKER, *Miracle at Philadelphia. The Story of the Constitutional Convention, May to September, 1787*. Little, Brown & Co., Boston, 1966, XIX-346 págs., más ilustraciones.

Se trata de una obra de historia del Derecho en su mejor expresión. El buen Derecho no es el resultado de meras ideas especuladas de espaldas a la realidad, sino que nace de la vida misma, del encuentro de los grandes ideales con las realidades históricas. Si la Constitución de los Estados Unidos de América ha sobrevivido durante casi dos siglos, presidiendo el desarrollo de aquella gran nación e inspirando de paso a muchas otras constituciones —entre ellas, las nuestras de 1857 y de 1917—, es que debe su nacimiento, no sólo a los elevados ideales de sus constituyentes, sino también al vigoroso realismo de los mismos. El mérito de la autora de este libro es que nos hace