

NUEVAS TENDENCIAS DOCTRINALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por el Lic. Jorge A. CARRILLO,
Profesor de la Facultad de Derecho
de la U. N. A. M.

La realidad jurídica inmediata, apreciable directamente por todos, es el derecho nacional.

Cada Estado, a través de sus órganos, crea un derecho destinado a satisfacer las necesidades jurídicas dentro del territorio en que se asienta. Ya se trate de un derecho escrito, ya de un derecho consuetudinario o jurisprudencial, el derecho nacional tiene por objeto inmediato la relación jurídica nacional, como le llama Alfonsín,¹ o el fenómeno jurídico nacional como prefiero llamarlo, porque el término relación sugiere una idea de bilateralidad, y en aspectos tales como la capacidad de las personas, la idea de bilateralidad no se presenta, y sin embargo el derecho nacional se ocupa de ella.

Ahora bien, si los Estados vivieran aislados, el derecho nacional sería suficiente para regular el fenómeno jurídico, ya que éste, invariablemente, sería nacional también. Pero es un hecho evidente, que cada vez con mayor frecuencia, el fenómeno jurídico a menudo no se limita a los confines territoriales del Estado, sino que rebasa sus fronteras. Los Estados entran en contacto directamente como personas soberanas de derecho público, y además los nacionales de un Estado entran en contacto con nacionales de otro, creándose la relación extranacional jurídica.²

Cuando la relación jurídica internacional se da entre personas de derecho público, el derecho que debe regularla es el derecho internacional público.³

¹ ALFONSÍN, Quintín, *Teoría del Derecho Privado Internacional*, Montevideo, 1955, p. 12.

² Ibid.

³ VERDROSS, Alfred, *Derecho Internacional Público*, Madrid 1957: "Entre los sujetos del Derecho Internacional se destacan aquellos que no sólo reciben de él derechos y asumen ante él deberes, sino que además poseen la facultad de cooperar directamente a la creación del Derecho Internacional. En principio sólo desempeñan este papel

Pero cuando la relación jurídica extranacional (a la cual llama Alfonsín así como para diferenciarla de la anterior),⁴ se da entre personas de derecho privado, surge la necesidad de que sea un derecho *ad-hoc* el que la regule, y éste ha sido tradicionalmente el derecho internacional privado, al que una vigorosa corriente moderna llama, con mayor propiedad, derecho privado internacional.⁵

Como ejemplos típicos de relaciones extranacionales tenemos los siguientes:

Una persona del Estado A se traslada al Estado B. ¿Por cuál ley va a regirse su capacidad? Se podría contestar que por la del Estado A, ya que si bien está en B, es de A. Pero también podría contestarse que por la del Estado B, ya que si bien es de A *está* en B.

Un bien mueble del Estado A se lleva al Estado B. ¿Por cuál de las dos leyes se regirá su prescripción?

Una persona del Estado A contrae matrimonio con una del Estado B. ¿Por cuál ley se regirán las relaciones matrimoniales?⁶

Así pues, la existencia del fenómeno jurídico extranacional ha dado origen al derecho privado internacional.

Ahora bien, si las relaciones extranacionales son jurídicas, algún derecho debe regularlas.

Es imposible poner en tela de duda que estas relaciones son jurídicas, puesto que en primer término son expresión de un tráfico regular que sólo puede subsistir si es tutelado por el derecho. Además las relaciones extranacionales permiten prever sus efectos, lo cual sólo puede ocurrir si están sujetas a un orden normativo. Finalmente, engendran derechos y obligaciones coercibles; típico producto del derecho.

En consecuencia, repetimos, algún derecho debe regularlas; ¿pero cuál es ese derecho?

Tres son las respuestas posibles a esta pregunta:

1).—La relación extranacional debe regularse por los derechos de A y de B.

activo los Estados soberanos, algunas uniones de Estados y, en parte, también la Iglesia católica"; p. 88.

⁴ ALFONSÍN, op. cit., p. 12.

⁵ Véase JITA, J., *Método de Derecho Internacional Privado*, La España Moderna, Madrid, pp. 7-8 y ALFONSÍN, op. cit., p. 46. "¿Derecho Internacional Privado o Derecho Privado Internacional?"

⁶ ALFONSÍN, op. cit., pp. 13 y ss.

2).—La relación extranacional debe regularse por un derecho que es el de A o el de B.

3).—La relación extranacional debe regularse por un derecho que no es el de A ni el de B.

Diversas concepciones del Derecho Privado Internacional

Según la respuesta que se escoja de las tres anteriormente citadas, variará el concepto que se tenga de esta rama del Derecho.

Si se escoge la primera, el Derecho Privado internacional no existirá y sólo subsistirán los órdenes jurídicos nacionales.

A esta escuela se le ha llamado la escuela territorialista del derecho.⁷ Sus postulados fundamentales son dos:

1) Sólo es derecho el que emana del propio Estado.

2) En un Estado no hay más derecho que el propio.

De aquí el nombre de territorialista de esta escuela, ya que su efecto inmediato es la territorialización al igual que la estatificación del derecho.

Territorializa al derecho porque al declarar que en un Estado no hay más derecho que el propio, implícitamente se afirma que el *derecho propio* no es derecho fuera del Estado.

Si en el Estado A sólo es derecho el de A y en el Estado B sólo es derecho el de B, implícitamente se está afirmando que en el Estado B *no* es derecho el de A, y en el Estado A *no* es derecho el de B.

Estatifica al derecho porque supone que sólo el Estado es capaz de crear derecho, ya que el derecho elaborado fuera del Estado *no* es derecho.

Los postulados creemos que son falsos.

En primer lugar, el sentido común nos indica que no es posible afirmar que sólo el derecho de México es derecho, y que el derecho de los demás Estados no lo es.

En segundo lugar, el testimonio histórico al igual que la lógica nos demuestran que el derecho *no* es un producto del Estado, sino antes bien al contrario, el Estado es un producto jurídico.

Pero bajando un poco nuestras miras y limitándonos a nuestra materia, investiguemos si la escuela territorialista proporciona un régimen jurídico propio de la relación jurídica extranacional.

⁷ CHESHIRE, G. C., *Private International Law*, Sixth Edition, 1961, Oxford at the Clarendon Press, pp. 21-22.

La escuela territorialista nos dice que en A sólo es derecho el derecho de A, y en B sólo es el de B. Que en caso de darse una relación extranacional entre A y B, en A se regularía por el derecho de A y en B por el de B.

Semejante respuesta contradice el principio de unicidad de cualquier régimen jurídico.

Si la relación nacional se rige por un derecho único, la relación extranacional deberá regirse por un derecho único también, ya que ambas son igualmente jurídicas. Admitir que una misma relación pueda regirse por dos derechos simultáneamente es negar el principio lógico de contradicción.

Además, se violaría también dicho principio, al admitir que una cosa pueda ser y dejar de ser al mismo tiempo. Efectivamente, si la relación extranacional va a regirse simultáneamente por los derechos de A y de B, y ambos disponen cosas contradictorias, el fenómeno jurídico extranacional podría ser y dejar de ser al mismo tiempo.

No obstante lo absurda que resulta esta posición, algunos Estados modernos ya en sus leyes,⁸ ya en sus resoluciones judiciales,⁹ siguen sosteniendo esta postura, al ignorar completamente las normas de Derecho Privado Internacional de carácter supranacional que la doctrina ha elaborado con tanto esmero.

La segunda de las respuestas que se dieron en párrafos precedentes dice que la relación extranacional debe regularse por el derecho de A o por el de B.

En este caso la conjunción disyuntiva *o* establece una diferencia radical entre una postura y otra.

Esta respuesta la ha dado lo que se conoce con el nombre de escuela clásica del Derecho Internacional Privado.¹⁰

El rigor territorialista de la escuela que lleva este nombre, hubo necesariamente de atenuarse y permitir que en ciertos casos el derecho de A siguiera siendo derecho en B y pudiera aplicarse en B a un caso específicamente determinado.

Por esta razón la escuela clásica se dice que ha elaborado sólo normas de conflictos de leyes, al echarse a cuestras la tarea de crear las reglas que ante la posibilidad de aplicar a una misma relación dos o más sistemas jurídicos, escogen sólo uno.

⁸ Código Civil para el Distrito y Territorios Federales, 1928, art. 12.

⁹ Sobre el particular consúltese el estudio de Roberto McLEAN sobre los efectos de la extraterritorialidad de las sentencias. Boletín del Instituto de Derecho Comparado. Núm. 47. Mayo-Agosto de 1963. pp. 325 a 351.

¹⁰ ALFONSÍN, *op. cit.*, pp. 16 a 21.

La escuela clásica, pues, ha hecho del derecho internacional privado un sistema de normas formales y no materiales.¹¹

Norma formal es aquella que no resuelve un problema jurídico, pero que indica con arreglo a qué ley debe resolverse. Norma material es la que sí resuelve directamente dicho problema. Una norma formal, por ejemplo, es aquella que dice que la mayoría de edad se adquiere de acuerdo con lo que disponga la ley nacional del individuo de que se trate, lo que la doctrina conoce con el nombre de *lex patriae*. Una norma material, en cambio, dispone que la mayoría de edad se adquiere a los 21 años.

Actualmente, la escuela clásica es la que mayor arraigo tiene en los diversos sistemas jurídicos. Tanto es así que en los países anglosajones la materia se estudia bajo el nombre de "Conflictos de Leyes"¹² y su objeto se constriñe a establecer las normas o principios según los cuales debe escogerse entre una ley u otra en toda relación extranacional.¹³

La escuela clásica, no obstante su indudable arraigo y las ventajas que produce al fijar para el fenómeno extranacional un derecho único, tiene también sus desventajas.

El derecho nacional ha sido creado para regular fenómenos jurídicos nacionales. Cada Estado, según sus necesidades, ha creado un derecho destinado a resolver los problemas jurídicos propios y característicos de él. Pero la relación extranacional no ha sido tomada en cuenta específicamente por el legislador nacional.

En consecuencia, si aplicamos al fenómeno jurídico extranacional un derecho nacional, le estaremos aplicando un derecho único pero inadecuado. En derecho interno, esta inadecuación salta a la vista. El menor está sujeto a un sistema penal que no es el mismo que el del adulto. Si aplicáramos el derecho penal ordinario a los menores, estaríamos usando un sistema jurídico inadecuado que no produciría los frutos que el legislador tuvo en cuenta cuando lo elaboró. Lo mismo sucede cuando al fenómeno jurídico extranacional, le aplicamos un derecho nacional. Dicho fenómeno quedará sujeto a reglas que no fueron hechas para él y en consecuencia su regulación será inadecuada con los trastornos consiguientes para los sujetos del fenómeno en particular y para todo el orden jurídico en general.

La tercera de las respuestas que venimos considerando, dice que la rela-

¹¹ ALFONSÍN, op. cit., pp. 367 a 370.

¹² Por lo menos tal cosa sucede en los Estados Unidos y en Canadá. Inglaterra sigue usando la denominación tradicional de Private International Law.

¹³ Vivo ejemplo de esto es el Restatement of the Law of the Conflict of Laws, aprobado y adoptado por el American Law Institute de los Estados Unidos en 1934.

ción extranacional debe regirse por un derecho que no es ni el de A ni el de B. La relación extranacional tendrá, en esta forma, un derecho único y adecuado que la regule; tal y como lo tiene la relación nacional.¹⁴

Esta respuesta la da una de las escuelas más avanzadas en nuestra materia, escuela que recibe el nombre de "Privatista" por considerar que el derecho que regule la relación extranacional debe ser un derecho privado de carácter internacional, compuesto no ya de normas formales sino de normas materiales como las del derecho privado nacional.

Infortunadamente, la escuela privatista no expresa con la claridad que fuera de desearse, a cargo de quien debe correr la elaboración de este derecho, y tan sólo se limita a mencionar que las disposiciones materiales que lo forman, por lo menos en la actualidad, se encuentran dispersas en tratados, disposiciones consuetudinarias, etc., estando lejano el día en que este derecho se aglutine en un cuerpo de leyes a la manera de los cuerpos de leyes nacionales.¹⁵

Naturaleza Jurídica del Derecho Privado Internacional

Si aceptamos que orden jurídico es todo sistema de normas jurídicas con unidad de validez, existen por lo menos dos clases de órdenes jurídicos: el nacional y el internacional.

Recordemos que los tratadistas se dividen sobre este problema, en tres grupos diversos.¹⁶

Los que sostienen la postura dualista, es decir, los que sostienen que ambos órdenes son esencialmente diversos e irreductibles. Y los que sostienen la postura monista, es decir, la postura que dice que uno de los dos es el supraordinado y el otro el subordinado, existiendo el monismo nacional y el monismo internacional, según se defina qué orden supraordina al otro.

El dualismo nos parece una postura un tanto débil, ya que si ambos órdenes son independientes, serán, como consecuencia, igualmente autónomos, paralelamente válidos y recíprocamente ajenos.¹⁷ Por lo que nos vemos a enfrentar a la violación del principio de contradicción, al admitir

¹⁴ ALFONSÍN, op. cit. p. 40.

¹⁵ Así se citan, por ejemplo, las Reglas de York Amberes; las Prácticas y Usos Uniformes en materia de Cartas Comerciales de Crédito; los estatutos sobre arbitraje comercial internacional que tiene en vigor la Cámara de Comercio Internacional, etc.

¹⁶ SEPÚLVEDA, César, *Curso de Derecho Internacional Público*, México 1960, pp. 59 y ss.

¹⁷ ALFONSÍN, op. cit., 27.

que lo que es jurídico en el orden nacional es antijurídico en el internacional, con todas las consecuencias que semejante postura lleva aparejada.

Prefiero pensar que el orden jurídico es siempre uno, y que el internacional es reflejo del nacional o viceversa, postura ésta que no encierra defectos tan marcados como la anterior.

Ahora bien, si pensamos que el derecho internacional privado es un derecho nacional, la naturaleza del mismo dependerá de si nos afiliamos a la postura clásica o a la privatista.

Derecho Internacional Privado Nacional según la postura clásica.—De acuerdo con esta postura, cada Estado elaborará las normas formales que permitan en cada caso saber qué derecho nacional deberá regular una relación extranacional dada. A los defectos ya apuntados de aplicar a una relación extranacional un derecho nacional que no fue creado para ella, debemos agregar que semejante postura convierte a cada Estado en árbitro absoluto para alocar la competencia de los derechos nacionales. Cada Estado decide por sí y ante sí qué ley debe regular una relación extranacional, y retira u otorga competencia a su arbitrio a las leyes de los demás Estados. Con todo lo defectuoso de la postura, recalquemos que esto es precisamente lo que sucede en la actualidad. Cada Estado tiene sus propias normas formales de conflictos de leyes y las aplica según principios de orden interno, por lo que prácticamente existen tantos derechos internacionales privados como Estados cubren el globo.¹⁸

Derecho Internacional Privado Nacional según la tesis privatista.—Se basa históricamente esta postura en el derecho romano: en Roma convivía al lado del derecho civil, aplicable sólo a los ciudadanos romanos, el derecho de gentes, compuesto con normas materiales que se aplicaban a los peregrinos, es decir, a los extranjeros, los cuales al no poder quedar sujetos al derecho civil, quedaban por necesidad sujetos a un derecho propio de ellos que se conoció con el nombre de *jus gentium* y cuya elaboración y aplicación, quedó a cargo, en un momento dado, del funcionario romano que llevaba el nombre de pretor peregrino.¹⁹

Así se piensa que los Estados deberían elaborar, al lado de su derecho

¹⁸ Aunque en América Latina están en vigor, en algunos Estados, el Código Bustamante y los Tratados de Montevideo de 1889-1890 y 1939-1940, se sigue legislando unilateralmente al respecto, y en muchas ocasiones en contradicción con estos instrumentos internacionales. Véase por ejemplo, el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado, elaborado en este año de 1963 por el Ministerio de Justicia de la República de Venezuela. Caracas 1963.

¹⁹ PETIT, Eugenio, *Derecho Romano*; Madrid 1949.

nacional, un derecho material privado internacional que regulara todas las relaciones extranacionales que se presentaran en un momento determinado dentro de su territorio.

Esta postura es criticable en tanto que acepta de antemano que deben existir tantos derechos privados internacionales como derechos nacionales existen, con el resultado consiguiente de admitir la posibilidad de coexistencia de normas materiales contradictorias que en nada ayudarían a regular la relación extranacional, ya que ésta estaría sujeta al derecho privado internacional del Estado que en un momento conociera de ella, regulándola posiblemente *en forma diferente de lo que lo haría el Estado que estuviera en el otro extremo de la relación extranacional*.

Ahora bien, si pensamos que el Derecho Privado Internacional debe ser de carácter supranacional, su naturaleza variará también si consideramos que deben integrarse por normas formales o por normas materiales; pero la esencia del problema radicará en lo siguiente: *¿En qué forma o por qué organismo supranacional podrá imponerse a los Estados la adopción de las normas de Derecho Privado Internacional, sean éstas formales o materiales? ¿Cómo podrá imponerse coercitivamente a un Estado la elaboración de normas de Derecho Privado Internacional sin su previo consentimiento?*

En verdad, la existencia de un Derecho Privado Internacional supranacional es, en el estado actual del derecho, un desideratum que podría realizarse sólo cuando los tratadistas, previamente puestos de acuerdo, logran convencer a los gobiernos de los Estados nacionales que la elaboración de normas de Derecho Privado Internacional de carácter supranacional en nada menoscaba la soberanía de ellos, en la misma forma en que nada menoscaba la libertad jurídica del individuo la obediencia a las leyes.

Ya los Estados están convencidos de que debe existir un Derecho Privado Internacional supranacional, prueba de ello es la infinidad de tratados internacionales que existen para regular en forma conjunta situaciones extranacionales;²⁰ pero en la actualidad, repetimos, el Derecho Privado Internacional es nacional y en la mayoría de los casos se encuentra integrado por normas formales.

²⁰ Tratados de Montevideo de 1889-1890 y 1939-1940; Tratados adoptados por el Primer Congreso Jurídico Centroamericano de 1897; Tratados adoptados por el Congreso Bolivariano reunido en Caracas en 1911, con representantes de Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela; Código Bustamante de 1928; Conferencias de La Haya: sobre matrimonio, tutela, procedimiento civil, quiebra, sucesiones, testamentos y donaciones de 1894; sobre conflictos de leyes en materia de matrimonio, en materia de divorcio y separación de cuerpos, en materia de tutela de menores de 1902; y muchas más firmadas en esa ciudad hasta nuestros días.

Fuentes del Derecho Privado Internacional

También las nuevas tendencias doctrinarias han venido a influir en este aspecto del derecho internacional privado.

Además del concepto ya conocido de fuentes del derecho, es decir, como medios de expresión de la norma jurídica,²¹ a las cuales se les conoce como fuentes formales; se debe considerar otro tipo distinto de fuentes que Alfonsín conoce como fuentes normativas.²²

Las fuentes normativas, nos dice el ilustre tratadista, no pueden ser sino dos: la sociedad nacional y la sociedad internacional.

Si la fuente normativa del derecho privado internacional es la sociedad nacional, éste se compondrá de normas que tienden a proteger primordialmente los intereses nacionales en la relación extranacional. En esta forma, el derecho privado internacional se nos mostrará siempre como una parte del derecho nacional, creado, al igual que éste, para satisfacer necesidades nacionales. Así se explica, por ejemplo, que los Estados de inmigración pretendan dar preponderancia a la *lex domicilii* sobre la *lex patriae*, con el propósito de sujetar a todos los habitantes del país a una sola ley. Por el contrario, los Estados de emigración preferirán la *lex patriae* sobre la del domicilio, para continuar sujetando a su sistema jurídico a sus nacionales que se encuentran en el extranjero.²³

Obvio es decir que si la fuente normativa del derecho privado internacional es la sociedad nacional, habrá tantos derechos privados internacionales como Estados existen.

Por el contrario, si la fuente del derecho privado internacional es la sociedad internacional, en el sentido en que se define más adelante, los intereses que tutele no serán los individuales de cada Estado, sino los intereses mismos del comercio jurídico extranacional. Así se propenderá a un desarrollo armónico y equitativo de este comercio jurídico, con el consiguiente beneficio para la comunidad jurídica internacional, la cual logrará tener un derecho propio para las relaciones extranacionales que tome en cuenta sus propias características, y no las características individuales de cada Estado.

De llegarse a elaborar un Derecho Privado Internacional que tuviere como fuente normativa la sociedad internacional, éste sería no ya potestativo sino obligatorio para los Estados nacionales.

²¹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Introducción al Estudio del Derecho*.

²² ALFONSÍN, op. cit., pp. 36 y ss.

²³ Afortunadamente esta tendencia va recediendo y la ley del domicilio prepondera sobre la ley nacional.

Por lo que se refiere a las fuentes formales del derecho privado internacional, recordemos que se dividen, en la actualidad, en fuentes formales nacionales y fuentes formales internacionales.²⁴

Fuentes formales nacionales.—Niboyet considera que son tres: la ley, la jurisprudencia y la costumbre. La más importante de ellas, para nosotros, es la ley, ya que es en los códigos nacionales en donde encontramos con mayor profusión (o tal vez deberíamos decir, con menor escasez) disposiciones de derecho privado internacional.

La jurisprudencia, por lo menos en los Estados de derecho estatutario, es sólo un apéndice de la ley; ya que su misión es sólo interpretar lo que ya existe, y en ninguna forma crear derecho nuevo. En cambio, en los Estados de derecho jurisprudencial, esta fuente ocupa tal vez un lugar superior a la ley misma.²⁵

Finalmente, la costumbre es una muy dudosa fuente formal de nuestro derecho, puesto que si no existe una previa disposición legal que autorice a considerarla, la costumbre por sí misma no opera.

Fuentes formales internacionales.—El propio Niboyet considera que son tres también: los tratados internacionales, la jurisprudencia internacional y la costumbre internacional.²⁶

Los tratados internacionales son los que más se aproximan a lo que las corrientes modernas de nuestra materia llaman un derecho privado internacional supranacional. Cuando sus disposiciones son materiales, se convierten en el derecho propio de la relación extranacional.

Debemos tener en cuenta, sin embargo, que nuestro país, al reformar en 1934 el artículo 133 de la Constitución Federal, subordinó, por lo menos gramaticalmente, los tratados a la Carta Fundamental. Efectivamente, el texto original del artículo citado era como sigue (en su parte conducente):

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión...”²⁷

²⁴ NIBOYET, *Traité de droit international privé français*. París, Tomo 1, 2a. ed. 1947.

²⁵ Sobre el particular, conviene leer el prefacio a la primera edición de la obra *Private International Law* de G. C. CHESHIRE que aparece reproducido en la obra citada en la nota número 7 de este ensayo.

²⁶ Ibid.

²⁷ *Constitución Política Mexicana*: Ediciones Andrade. México, D. F., p. 151.

A partir del 18 de enero de 1934, el texto quedó en la siguiente forma:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados QUE ESTEN DE ACUERDO CON LA MISMA, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión...”²⁸

Pero, como apunta con toda propiedad el maestro César Sepúlveda, en su obra *Derecho Internacional Público*,²⁹ “el examen de la práctica mexicana revela que no ha existido ninguna norma que trate de limitar el cumplimiento de un tratado internacional, ni la jurisprudencia mexicana se ha encaminado, en caso alguno, a colocar la Constitución por encima de los tratados. También es cierto que el Estado Mexicano ha cumplido con toda fidelidad sus obligaciones resultantes del orden jurídico internacional, aún cuando con ello se afecten algunos intereses internos. La consecuencia lógica es, pues, que en lo general ha privado el Derecho Internacional por encima del orden estatal mexicano.”

Por lo que se refiere a la jurisprudencia internacional, debemos decir que en materia de derecho privado internacional su importancia es bastante relativa, ya que como es bien sabido, ante las cortes internacionales litigan normalmente Estados y no individuos.³⁰ Los laudos dictados por las comisiones mixtas de reclamaciones, sin embargo, contienen algunas veces sanos principios de derecho internacional privado; pero es discutible hasta qué grado puedan sentar “jurisprudencia”. dichos laudos.

Finalmente, la costumbre internacional sí se hace presente en algunos casos, sobre todo en materia judicial, en donde con cierta frecuencia se ve que, con base principalmente en la costumbre, se atiendan exhortos y suplicatorios de procedencia extranjera.³¹

Fundamento del Derecho Privado Internacional.—La realidad nos demuestra que ya se trate de normas de derecho nacional o de normas de derecho internacional, nuestra materia existe formando parte del derecho positivo de los países. Importa indagar, pues, cuál es la razón jurídica de la vigencia y contenido de dichas normas.³²

²⁸ Idem; p. II0 —4 bis— 1ª vta.

²⁹ Op. cit., p. 70.

³⁰ Véase, por ejemplo, el artículo 34 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

³¹ MAC LEAN Roberto, *Ibid.*

³² ALFONSÍN, op. cit. p. 40.

Fundamento del Derecho Privado Internacional de carácter nacional.—Un Estado, al crear normas de Derecho Privado Internacional, puede estar inspirado por estas razones fundamentales:

a) *La utilidad.*—Puede el Estado considerar que le resulta conveniente o práctico tener disposiciones que se apliquen a relaciones jurídicas extranacionales, ya sea para proteger, como antes dijimos, los aspectos nacionales de dicha relación; ya por razones de técnica jurídica al darse cuenta de que existen relaciones a las cuales no les conviene bien a bien las normas aplicables a las relaciones nacionales.

b) *Una idea de justicia.*—Ya Bertrand D'Argentré en el siglo XVI había sostenido que la aplicación de la ley extranjera a una situación jurídica dada, debía hacerse por un imperativo de justicia.³³ No es pues optativo para el Estado aplicar a la relación extranacional la ley propia o la ley extranjera. Si del análisis de los hechos se demuestra que la ley aplicable debe ser la extranjera, el Estado deberá aplicarla so pena de cometer *summa injuria* de no hacerlo así.

c) *La commitas gentium.*—La existencia de normas de Derecho Privado Internacional, no se aplica sino como una cortesía de un Estado para con los demás. Nada lo obliga aplicar a la relación extranacional un derecho distinto del propio; pero puede como un acto de soberanía, incorporar disposiciones del derecho extranjero al nacional, para aplicarlas a la relación citada, más como un acto de cortesía que como una obligación jurídica.³⁴

d) *La reciprocidad.*—Finalmente, un Estado puede legislar en materia de Derecho Privado Internacional como un acto de justa correspondencia, a una legislación semejante que tenga un Estado vecino. Si el Estado A sabe que el Estado B declara su derecho aplicable dentro del territorio de B, en justa correspondencia declarará A que el derecho de B sea aplicable dentro de su territorio.³⁵

Fundamento del Derecho Privado Internacional supranacional en su concepción clásica.—Si la función del Derecho Privado Internacional es alocar la competencia de las leyes internas cuando de relaciones extranacionales se trata, su misión se reduce entonces a resolver conflictos de leyes. Ahora bien, ¿qué es la ley sino expresión de la soberanía de los Estados? y un conflicto de leyes, ¿qué será sino un conflicto de soberanías? y ¿cuál es la rama del derecho que estudia los conflictos de soberanías si no es el Dere-

³³ NIROYET, op. cit., Tomo II, 1951.

³⁴ MAC LEAN, Roberto Ibid.

³⁵ MAC LEAN, Roberto, Ibid.

cho Internacional Público? En consecuencia, el Derecho Privado Internacional es una rama del Derecho Internacional Público. El fundamento del Derecho Privado Internacional será el Derecho Internacional Público.³⁶

Esta concepción resulta engañosa por diferentes razones:

1) Es falso que un conflicto de leyes sea un conflicto de soberanías. El conflicto de leyes se da sólo en la mente del juzgador. Por lo regular, los Estados cuyas leyes supuestamente están en conflicto, ni se enteran del mismo, ni se ha sabido hasta ahora qué, si la resolución del conflicto no ha entrañado una denegación de justicia, se presentan reclamaciones por la vía diplomática por haberse preferido una ley en vez de otra.

2) Cada Estado mantiene disposiciones de Derecho Privado Internacional supranacional cuando celebra tratados con otros Estados, que pueden estar en flagrante contradicción con tratados semejantes celebrados por Estados vecinos. Y sin embargo el fundamento de estas disposiciones contradictorias sería un solo y único derecho, el Derecho Internacional Público.

3) Finalmente, históricamente hablando, el Derecho Privado Internacional es anterior al Derecho Internacional Público, puesto que ya la escuela de Colonia del siglo XIV, varios siglos antes del nacimiento del Derecho Internacional Público, se ocupaba de los conflictos de leyes.

Fundamento del Derecho Privado Internacional supranacional en su concepción privatista.—Las normas del Derecho Privado Internacional que tienen por función proveer de derecho privado a las relaciones jurídicas extranacionales se fundan en el consenso de la sociedad internacional, no la de los Estados, sino la de los individuos. La idea expresada en pocas palabras es como sigue:³⁷

Cada sociedad, por el hecho de serlo, produce un derecho, *ubi societas ibi jus*. Ahora bien, la comunidad humana forma una enorme sociedad que rebasa las fronteras políticas artificiales creadas por los hombres. Existe lo que sociológicamente hablando, llamamos la solidaridad humana. Existe en el fondo de cada ser las mismas necesidades que se satisfacen por los mismos satisfactores. En consecuencia, esta sociedad internacional, distinta de la comunidad jurídica internacional cuyos sujetos son los Estados soberanos, debe producir su propio derecho, que no podrá ser otro que el Derecho Privado Internacional. Derecho que será común a todos los hombres y que, en consecuencia, no podrá ser distinto ni contradictorio.

Tradicionalmente se ha venido designando a esta rama con el nombre

³⁶ ALFONSSIN, op. cit., p. 42.

³⁷ ALFONSSIN, op. cit., p. 45.

de Derecho Internacional Privado; y el término, aunque criticable, ha sido universalmente adoptado, puesto que su equivalente en otros idiomas es literal.

Se atribuye a Story, el tratadista norteamericano de las primeras décadas del siglo XIX, haber usado por primera vez el término "Private International Law" en el año de 1834. Posteriormente, Foelix, en 1843, usa su traducción francesa "Droit International Privé". Y desde entonces todos los idiomas del mundo occidental consagran este nombre, por lo que la fuerza tradicional del mismo es incontrastable.

Sin embargo, el término parece indicarnos que nuestra materia versa sobre un derecho internacional de carácter privado, lo que lo asimila a la posición formalista de la escuela clásica o tradicional; ya que concibiendo así dicha materia, es perfectamente explicable que las normas que lo integran, pretendan simplemente alocar en el campo internacional la competencia de cada uno de los derechos privados nacionales. Por eso sería fundamentalmente un derecho internacional, pero reservado a cuestiones de derecho privado nacional.

Las nuevas tendencias no están conformes con el nombre anterior por las consecuencias apuntadas. Sus sostenedores creen más conveniente designarlo Derecho Privado Internacional, es decir, un derecho privado común a todos los pueblos y compuesto de normas sustantivas, no formales como las que lo han venido integrando hasta ahora.³⁸

Ya sea uno u otro el nombre que se escoja, creemos que la cuestión pasa a un plano secundario cuando el contenido de la materia ha quedado bien determinado y los conceptos que la abarcan se han precisado lo más posible.

Si las nuevas tendencias doctrinarias anteriormente esbozadas, alcanzaran a superar la fuerte corriente clasicista, es algo que aún no puede preverse; pero es un hecho que el Derecho Privado Internacional está urgido de una revisión radical de sus principios, normas y sistemas, para adecuarlo a la mayor brevedad posible, a la actual realidad internacional, en la que el comercio jurídico supranacional viene cobrando una importancia sin paralelo en la historia de la humanidad.

³⁸ ALFONSÍN, *op. cit.*, p. 46.