Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXXV — JULIO - SEPTIEMBRE DE 1967 — Nº 141

DIRECTOR: **ORLANDO TAPIA SUAREZ**

CONSEJO CONSULTIVO:

MANUEL SANHUEZA CRUZ
EMILIO RIOSECO ENRIQUEZ
MARIO CERDA MEDINA
LUIS HERRERA REYES
JORGE ACUÑA ESTAI

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION (CHILE)

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

GIUSEPPE BARILE

Profesor Ordinario de Derecho Internacional de la Universidad de Florencia (Italia)

FUNCIONES E INTERPRETACION DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN UNA PERSPECTIVA HISTORICA (*)

1.— Descripción sumaria. Normas italianas de Derecho Internacional Privado.— Es fácil comprobar que las mismas relaciones humanas pueden ser reguladas, jurídicamente, de modo diverso en diferentes ámbitos espaciales. Una fundamental exigencia de justicia, sentida en el pasado como en el presente, obliga a superar de alguna manera y, por lo menos, dentro de ciertos límites, esa disconformidad de regulación. El Derecho Internacional Privado es uno de los instrumentos que tienden a ese fin. En efecto, sus normas se proponen conseguir la regulación uniforme de determinadas situaciones. Actúa, en tal sentido, instrumentalmente, es decir, determinando las normas nacionales o extranjeras por las que dichas situaciones deben ser reguladas.

El sistema italiano de Derecho Internacional Privado tiene su estructura en las disposiciones sobre la ley en general (artículos 17 a 31) que preceden al Código Civil. Otras normas relativas al Derecho Internacional Privado están contenidas en el Código de la Navegación (artículos(4 a 13) y en el Civil (artículos 115 a 116). A las anteriores hay que añadir aquellas reglas internas emanadas de convenciones internacionales ejecutivas en el ordenamien-

(*) De las clases dictadas por el autor en los Cursos de la Universidad de Valladolid en Vitoria (España). Traducción del original italiano efectuada por el Profesor Doctor **Alejandro Herrero Rubio,** Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Valladolid y Director de los Cursos de Vitoria, a cuya gentileza debemos su publicación en nuestra Revista.— **Nota de la Dirección.**

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

to italiano, que se proponen alcanzar la uniformidad en cuanto al Derecho Privado entre los Estados participantes (1).

En estas páginas nos proponemos esclarecer el significado del mecanismo mediante el cual operan las referidas normas.

2.— La determinación de la función de las reglas de Derecho Internacional Privado objeto de la presente indagación. Método a seguir: falta de autonomía del método de análisis del lenguaje; método formal y método sustancial: predominio de este último.— Las siguientes consideraciones tratan de determinar la verdadera esencia de las normas de Derecho Internacional Privado, lo que, para una ciencia finalista, como lo es la del Derecho, equivale a la determinación del objeto de las reglas a que nos referimos. El problema de la determinación del fin de estas normas no se soluciona ni mediante el análisis del lenguaje, ni tampoco con la aplicación de un planteamiento dogmático o formal.

Es evidente que un análisis de las expresiontes "teoría de los estatutos", "conflicto de leyes", "Derecho Internacional Privado", y otras aceptadas en diversos tiempos y lugares para indicar el fenómeno que nos interesa, o se resuelve en una verdadera investigación histórica, de la que pueden obtenerse algunas conclusiones o puntualizar algunos aspectos, no siempre decisivos, o se mantiene en un rango lingüístico poco profundo, incapaz de satisfacer la exigencia jurídica. Por tanto, el análisis lingüístico no

(1) Los tratados siguientes, relativos específicamente a la materia del Derecho Internacional Privado, han sido ratificados por el Estado italiano y entrado en vigor: las tres convenciones de La Haya del 12 de Junio de 1902, concernientes, respectivamente, al matrimonio, al divorcio y a la separación personal, y a la tutela de los menores, llevadas a ejecución por ley de 7 de Septiembre de 1905, Nº 523; la segunda y la tercera convención de La Haya, del 17 de Julio de 1905, sobre los efectos del matrimonio, y sobre la interdicción y las demás medidas de protección, ejecutivas por ley del 27 de Junio de 1909, Nº 640; el convenio de Ginebra de 7 de Junio de 1930, sobre los conflictos de leyes en materia de letras de cambio y pagarés cambiarios, hecha ejecutiva por decreto-ley de 25 de Agosto de 1932, Nº 1.130; el convenio de Ginebra de 19 de Marzo de 1931, sobre los conflictos de leyes en materia de cheques, ejecutiva por decreto-ley de 24 de Agosto de 1933, Nº 1.077; la convención de La Haya de 24 de Octubre de 1956, sobre los conflictos de leyes en materia de obligaciones alimenticias, ejecutiva por ley de 4 de Agosto de 1960, Nº 918.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tendrá valor autónomo en la investigación que vamos a realizar (2).

La segunda afirmación exige una reflexión más detenida, relativa al carácter predominante no formal de nuestra indagación. El encuadramiento del problema de la esencia del fenómeno internacional-privatista en una visión formalista del Derecho, presupuesta por buena parte de la doctrina moderna, especialmente en la Europa continental, encuentra su justificación en la doctrina del monopolio estatal del Derecho. Pero, conforme ese dogma venía imponiéndose; o, en otros términos, conforme se tendía a reconocer, al menos en ciertos países, a la voluntad estatal como única fuente del Derecho vigente en un territorio (3), la cuestión dogmática de la validez del Derecho Extranjero en el ordenamiento nacional llega a ser, en cierto sentido, preferente respecto a la otra, sustancial del fin que justificaba la exigencia misma de las normas de Derecho Internacional Privado y que, como se comprobará, concierne también a la hipótesis de la aplicación del Derecho material de la **lex fori**. Así, la mayoría de la doctrina italiana moderna, constreñida o limitada por el fenómeno de la tendencia al monopolio estatal del Derecho, plantea y resuelve la mayor parte de las cuestiones producidas por la existencia de las reglas de Derecho Internacional Privado al tratar de la doctrina del reenvío, a base de la determinación de la forma de aplicación de las normas a que nos referimos, como si de esa puntualización formal se pudiesen deducir todos los principios relativos a la determinación, la interpretación y la aplicación de estas últimas (4).

---

(2) Acerca del valor de la filosofía analítica, como "teoría del lenguaje, de los significados y de las relaciones lógicas", cfr. **Scarpelli**: "Filosofía analítica, norme e valori", Milano, 1962. Cfr. aquí, en las páginas 99 y siguientes una amplia bibliografía.

(3) Cfr. **Barile:** "Diritto Internazionale e Diritto Interno", I. "Diritto della coscienza e Diritto della volontà", en Rivista di Diritto Internazionale, 1955, páginas 481 y siguientes. En el mismo estudio, en la página 485, la tendencia estatal al monopolio jurídico ha sido excluida con referencia a la realidad del Derecho, como viene siendo interpretada por la doctrina y por la jurisprudencia de los países anglosajones. Se comprende, por ello, cómo las distorsiones en sentido formal, provocadas por la doctrina dogmática, en especial la italiana, con relación al fenómeno del Derecho Internacional Privado, a que se alude en el texto, son menores en las teorías anglosajonas.

(4) Cfr. para la doctrina italiana a este propósito el parágrafo 15.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

A nuestro parecer la referida doctrina ha operado una inversión de los términos del problema. La determinación y la interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado y, en consecuencia, la de las otras reglas por aquéllas señaladas, no se realiza a base de los principios postulados en los diferentes sistemas doctrinales del reenvío sino que, por el contrario, los problemas formales se presentan como cuestiones puramente instrumentales y dependientes respecto al problema esencial del fin último, de orden sustantivo, que justifica la existencia de las normas que nos ocupan. Solamente sobre esta base de determinación de este propósito, como históricamente se ha presentado y como resulta admitido por el legislador nacional moderno cuando establece las reglas de Derecho Internacional Privado, es posible encontrar fórmulas adecuadas para señalar sus características. La determinación abstracta y preliminar de las formas de reenvío a la ley aplicable realizada por las normas de Derecho Internacional Privado lleva, en cambio, a una exasperación de los principios formales de conexión interna del sistema de la **lex fori** que, como veremos, actúa negativamente sobre la consecución del fin esencial de las normas de que tratamos. El medio técnico para determinar la ley aplicable está fundamentado sobre las exigencias requeridas por los fines sustanciales y no, al revés, sobre presupuestos doctrinales abstractos que descuidan aquel fin.

Así, nuestra investigación tendrá un carácter eminentemente histórico. La determinación de la finalidad de las normas de Derecho Internacional Privado no puede prescindir de las realizaciones históricas del fenómeno que nos ocupa y de los factores que han dado origen a su transformación, por lo que solamente al concluir esta indagación aparecerá claro el verdadero valor que, en la actualidad, debe atribuirse a las reglas de referencia.

Determinado el objeto y, en consecuencia, la función de las normas de Derecho Internacional Privado, de él deduciremos, después, los principios informadores que han de presidir su determinación, interpretación y aplicación.

El examen del pasado tomará en consideración sólo las líneas más generales del desarrollo que, por ser evidentes, permiten seguir con acierto las vicisitudes del fenómeno. Para una investigación más profunda y una más amplia demostración de los datos

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

esenciales utilizados, se remite a quien interese a verdaderos y adecuados estudios históricos (5). Pero, no debe olvidarse por ello que nuestro propósito es solamente el de interpretar, basados en el pasado, el Derecho vigente.

3.— El fenómeno unitario del mundo jurídico medieval y la teoría de los estatutos. El método de determinación e interpretación del Derecho seguido por los glosadores y por los comentaristas.— Dado nuestro limitado propósito que, repetimos, se refiere, en último término, al Derecho vigente, es suficiente para concretar el valor actual del fenómeno que estudiamos, remontarse a la teoría de los estatutos que, además, abarca un período de varios siglos (6). Como se verá, dicha teoría tenía como objeto el de asegurar, mediante la determinación de reglas instrumentales, la uni-

(5) Cfr. para estos estudios históricos los autores citados en la nota siguiente.
El Derecho Internacional Privado, que se propone resolver el llamado conflicto de leyes en el espacio, difiere del Derecho intertemporal, que se refiere, por el contrario, al conflicto de leyes en el tiempo. De ordinario, la doctrina, al tratar este tema, ha sostenido muy diversas tesis, desde una mayor o menor asimilación de los dos fenómenos hasta una neta contraposición. A este propósito puede verse: **Ago:** "Teoria del Diritto Internazionale Privato", Padova, 1934, páginas 178 y siguientes y la bibliografía allí citada.

(6) Para una historia del fenómeno, precedente a los glosadores y a los comentaristas, cfr. **Laurent:** "Le Droit Civil International", I, Bruxelles-París, 1881, página 97; **Neumeyer:** "Die gemeinrechtliche Entwickelung des Internationalen Privat und Strafrechts bis Bartolus", I. Die Geltung der Stammesrechte in Italien, Munchen, 1901, II. Die gemeinrechtliche Entwickelung bis zur Mitte des 13. Jahrhunderts, München, Berlín und Leipzig, 1916. En particular, para cómo se resolvía, en la época romana, el problema de la unidad del Derecho, cfr. **Laurent:** Obra citada, página 158. Para la existencia de un verdadero Derecho Internacional Privado en el ordenamiento romano cfr. **Mancini:** "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit International Privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différents législations civiles et criminelles", en Journal du Droit International Privé, 1874, página 221, y, por último, con el habitual vigor de argumentos, **Quadri:** "Lezioni di Diritto Internazionale Privato", Napoli, 1961, página 34.
Acerca del origen de la teoría de los estatutos, cfr. **Laine:** "Introduction au Droit International Privé", I, París, 1888, página 93; **Gutzwiller:** "Le développement historique du Droit International Privé", en Recueil des Cours (Académie de Droit International), La Haye, 1929, IV, página 296; **Meijers:** "L'histoire des principes fondamentaux du Droit International Privé a partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe Occidentale", **Recueil des Cours, 1934, III, página 592.**

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dad del Derecho, pero ese fin, que es esencial a todo fenómeno jurídico, debe concretarse por grados en las páginas siguientes, considerando también aspectos más generales de la compleja realidad jurídica de entonces. Naturalmente, es sabido que en los amplios e indeterminados límites de aquella época (7), los valores del Derecho han sido interpretados, en tiempos y lugares diferentes, de modo distinto por la doctrina y por la práctica. Pero es posible, aún en esa variedad, encontrar algunos principios uniformes que procuran un fundamento suficientemente seguro a nuestra investigación.

En relación con la variedad de opiniones que acabamos de advertir, se debe recordar que, mientras en los territorios de Italia septentrional y de Francia meridional se consideraba, en el primer período histórico de la teoría de los estatutos, directamente vigente el Derecho Romano que, junto al Derecho Canónico (8), en la interpretación racional de los juristas, constituía el **ius commune** (9), en otros territorios, como en Francia septentrional, los derechos particulares de cada país tenían un valor determinante también derivado, como el **ius proprium** de los territorios de Derecho Común, de fuentes asistemáticas, contradictorias y parciales que tenían, necesariamente, que encontrar su complemento y sistematización en la trama lógica de una **ratio scripta**. Esta trama estaba formada por el propio Derecho Romano (10), al que venía a corresponder,

(7) El comienzo de la época estatutaria puede remontarse al siglo XII, es decir, al tiempo en que conquistan la libertad parte de las comunas italianas (paz de Constanza, 1183). Como se comprobará a continuación, tampoco en la época de D'Argentré puede darse como concluida la función de la teoría de los estatutos. Y el contenido de alguna de sus reglas ha mantenido su influencia sobre la doctrina, la legislación y la jurisprudencia hasta nuestros días.

(8) Sobre las relaciones entre Derecho Romano y Derecho Canónico, entendidos ambos como comune ius, cfr. **Calasso:** "Introduzione al Diritto Comune", Milano, 1951, página 65.

(9) En general, sobre las relaciones del Derecho Romano con el Derecho Estatutario, además de los autores citados en la nota 6, cfr. **Catellani:** "Il Diritto Internazionale Privato e i soui recenti progressi", I. Storia del Diritto Internazionale Privato, Torino, 1895, página 255; **Paradisi:** "Osservazioni su rapporto storico tra Diritto Internazionale Pubblico e Diritto Internazionale Privato", en Studi Sen., 1945, en especial, páginas 339, 364 y 366.

(10) Para el valor del Derecho Romano en los países independientes del imperio, cfr. en **Meijers:** Obra citada, 630, los autores citados en nota. Cfr. el pensamiento citado de **Pierre de Belleperche:** "On pretend que

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mediante una fórmula diferente, la función de unificar las dispersas partes de los ordenamientos particulares. En lo que se refiere a estos ordenamientos las situaciones son múltiples en el tiempo y en el espacio y, con su diversidad, justifican sea esas tesis, aún no consolidadas, que encontraban en el exclusivismo fáctico de los ordenamientos feudales o en la realidad efectiva de los **regna superiorem non recognoscentes** (11), los pródomos de la teoría de la soberanía estatal, sea doctrinas que del principio **unum imperium, unum ius** (12), propio de la filosofía escolástica, deducían la necesidad lógica y, también jurídica, de la **reductio ad unitatem** de la pluralidad de los sistemas particulares (13).

Ciertamente y no obstante las teorías que, como se ha indicado, contenían **in nuce** el concepto del exclusivismo estatal (14), que, seguidamente, dentro de ciertos límites triunfaría, esta última tesis de la **reductio ad unum** (15) era la más adaptable a la representación que de la realidad era presentada por la filosofía escolástica que entonces imperaba (16) y, por otra parte, era la única capaz de justificar la doctrina de los estatutos; esta última, tal como iba encaminada a recomponer en un todo unitario la variedad del mun-

---

le Droit Romain n'a pas de force en France, parce que ce pays n'est plus sujet à l'Empereur. Mais, dit-il, c'est un intérêt public que tous les pays obéissent au même seigneur (et au même Droit). La personne qui exerce l'autorité de l'Empereur romain peut changer, cette autorité peut passer, par Droit de prescription, de l'Empereur allemand au Roi de France". Sobre el valor de mera ratio scripta del Derecho Romano en los países en cuestión, se pronunciará, con mayor claridad, **Coquille** (1523-1603). Cfr., en este punto, **Coquille:** "La Coutume de Nivernais accompagnée d'extraits du commentaire de cette coutume", editada por Dupin, París, 1864, página 82: "Le Droit Civil Romain n'este pas notre Droit Commun, et n'a force de loi en France, mais y doit être allégué seulement pour la raison...". El propio **Coquille** hace notar, más adelante, confirmando el valor asistemático de las fuentes consuetudinarias, que en materia de contratos y, en general, en todas las materias no modificadas por el Droit Positive, las normas aplicables son las del Droit Commun et Naturel.

(11) Acerca de la fórmula "rex superiorem non recognoscens in regno suo est imperator", cfr. **Calasso:** "I glossatori e la teoria della sovranità", Milano, 1957, página 22.

(12) Cfr. **Calasso:** "Introduzione", citado, página 50.

(13) Cfr. **Calasso:** "Medioevo del Diritto", I. Le fonti, Milano, 1954, página 469.

(14) Cfr. el parágrafo 6.

(15) Cfr. **Calasso:** "Introduzione", citado, página 98.

(16) Sobre el método dialéctico escolástico de los comentaristas, cfr. **Calasso:** "Medioevo del Diritto", citado, página 64 y **Orestano:** "Introduzione allo studio storico del Diritto Romano", Torino, 1963, página 47.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do jurídico medieval, encontró precisamente en tal concepción universalista los motivos de su validez y su campo de desarrollo más fértil. La participación total de lo real en un mundo ordenado que encontraba su **última ratio** en Dios (17), constituía la esencia de tal filosofía y era evidente que también la realidad jurídica, toda la realidad jurídica, como cualquier otra realidad de orden espiritual y material debía encontrar su ordenación en aquella unidad. Y el método dialéctico fue, por tanto, el fundamento de tal construcción unitaria a su vez en el campo jurídico.

Naturalmente, este método aplicado tanto a la determinación del Derecho como a la de otros aspectos de lo real, no asumía siempre los caracteres del silogismo formal de la dogmática jurídica moderna que, como es sabido, sobre la base de premisas mayores constituidas por normas deducibles directa o indirectamente de una voluntad legislativa, referida a las premisas menores consistentes en los hechos contemplados por dichas reglas, formula las consecuencias. El referido método asumía características y aspectos diversos en relación a las diferentes premisas de las que los juristas partían y a la multiforme variedad de lo concreto.

Es necesario, sin embargo, hacer constar que el método dialéctico, de inspiración escolástica, favorable a la **reductio ad unitatem** de la plural variedad jurídica, encontró en los glosadores y en los comentaristas una manera distinta de expresarse. Así, mientras que para los glosadores la lógica del sistema unitario del Derecho estaba materializada en el "descubierto" Derecho Romano, para los comentaristas el mismo Derecho, ya refinado por las razones ideales del Derecho Canónico, constituía más "prueba" del ordenamiento unitario vigente que "forma inmutable" de dicho ordenamiento (18). Y el punto de vista de los comentaristas resul-

(17) Cfr. **Calasso:** "Introduzione", citado, página 109.

(18) Para la distinta posición que, ante el Derecho Romano, adoptaban glosadores y comentaristas, cfr. **Calasso:** "Medioevo del Diritto", citado, página 596: "...la scienza giuridica, sensibilissima al nuovo orientamento, si accosta al Diritto Romano non più con la convinzione, che pei glossatori era stata quasi una fede, di ritrovarvi il canone immutabile del giusto e dell'ingiusto ma con la consapevolezza di avere di fronte un grande sistema giuridico verso il quale ogni altro doveva essere attirato ("trahatur ad ius commune") nei limite del possibile: e la de-

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

taba, ulteriormente, coloreado por aquellos juristas que, debiendo sistematizar unitariamente la materia del Derecho con atención a aquellos territorios no sometidos, o nunca sometidos, de hecho y de derecho a la autoridad imperial, consideraban, como vimos, que la referencia al Derecho Romano tenía valor sólo en cuanto de sus reglas pudiese deducir la **ratio scripta** de las normas generales vigentes, es decir, solamente en cuanto que la verdad de estas últimas pudiese fundarse sobre el rigor del razonamiento romanista (19). Lo que, es evidente, constituía una posición hasta cierto punto diversa respecto de aquellos de los juristas que consideraban al ordenamiento romano como prueba material del Derecho Común.

En cuanto a la circunstancia de que el método dialéctico presentaba caracteres y aspectos distintos según las exigencias de la solución de los problemas dictados por la multiforme realidad, se debe precisar que las cuestiones de la unidad del Derecho, que eran las propias de la teoría de los estatutos, es decir, del fenómeno que aquí nos interesa, habían sido resueltas poniendo atención, ciertamente, en la unidad del ordenamiento general, pero en cuanto se reflejaba y se concretaba en la necesidad de encontrar una solución única, adaptada a la realidad, de un determinado problema, o de una serie determinada de problemas (20).

---

terminazione di questi limiti fu il suo grande problema. Cambia perciò lo stato d'animo stesso del giurista: alla venerazione commossa del glossatore, che sembra vivire nel fondo stesso in cui la legge nacque, succede la critica fredda del commentatore, che frantuma, analizza, discute, ricompone a suo modo il testo legislativo, dal quale ormai psicologicamente è staccato: perche egli non ritiene, come il glossatore, che in caso di dissidio tra la legge antica e la realtà della vita, debba essere questa a piegarsi verso quella, ma si propone invece fino a qual punto la legge antica possa essere utilizzata per regolare i rapporti nati dalla nuova esperienza giuridica. Che era appunto un problema di limiti: e fu qui la loro grandezza".

(19) Cfr. nota 10. Sobre la influencia que el Derecho Romano siguió manteniendo, como ratio scripta, en la formación del racionalismo y del jusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII, evidentemente, también, con relación a la implantación de aquellos sistemas de reglas de conflictos de que se tratará a continuación (parágrafo 8), confrontar **Orestano:** Obra citada, página 31.

(20) Cfr. **Calasso:** "Medioevo del Diritto", citado, página 595, acerca del carácter eminentemente exegético de la interpretación de los glosadores y sobre el, predominantemente dogmático, constructivo de sistemas, de los comentaristas.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Y la misma referencia, en el sentido antes expuesto, a la **ratio** romanística, constituía muchas veces una nueva ocasión, a menudo lejana y no pertinente, para la formulación del silogismo instrumental que debía garantizar la solución unitaria de un problema jurídico dado (21), y que era concretamente formulado según la necesidad real; con referencia, por ejemplo, a principios de justicia o de equidad (22), o al principio de la determinación de los límites espaciales de las normas aplicables deducidas de su contenido (23) o, incluso, a veces, de la forma extrínseca de su formulación (24), o con relación al ámbito de eficacia del poder que las había dictado; sin embargo, en este último caso se tenía presente, no tanto el elemento de la efectividad de tal poder, como su justificación sustancial (25).

---

(21) Sobre la consideración de que, en realidad, el Corpus Iuris no contenía ni siquiera atisbo de reglas de las que pudiera deducirse directamente la teoría de los estatutos, cfr. **Laine:** Obra citada, página 55. Para una relación de los pasajes de los textos romanos que, generalmente, citaban los primeros escritores para fundamento de la teoría de los estatutos, cfr. **Meili:** "Ueber das historische Debüt der Doktrin des Internationalen Privat und Strafrecht", en Zeitschrift für Internationales Privat und Strafrecht, 1899, página 3.

(22) Cfr. **Laine:** Obra citada, página 50: "Elle (la doctrina italiana de los estatutos) se caractérise surtout par l'esprit de justice qui, bien que faible et obscur encore, en est vraiment le principe, et par sa méthode. Les statuts sont indépendants les uns des autres, comme les cités; mais leur indépendance se concilie avec un droit supérieur, sinon expressément et clairement affirmé, du moins senti, aperçu et suivi autant que pouvait le permettre alors le défaut de lumières générales. Il en résulte que, sans parti pris, sans système préconçu, les auteurs ont pour unique objet de trouver au conflit des statuts des solutions rationnelles".

(23) Cfr. **Laine:** Obra citada, página 56 y **Gutzwiller:** Obra citada, página 312, que se expresa así: "C'est la loi par elle-même, le "résultat" du processus législatif qu'il faut consulter. Sans avoir besoin de prescriptions spéciales réglant le conflit des lois, on les trouve contenues dans le texte des statuts; elles sont là, on n'aura qu'à les découvrir".

(24) Cfr. en **Laine:** Obra citada, página 154, la famosa cuestión de la sucesión del extranjero afrontada y resuelta por **Bartolo** teniendo presente la redacción literal de los estatutos.

(25) Como es sabido, las glosas y comentarios que constituyen la teoría de los estatutos se desenvolvían, habitualmente, tomando como punto de partida el pasaje de la primera ley (de Summa Trinitate) del Código Justinianeo: "Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium in tali volumus religione versari quam divinum Petrum apostolum tradidisse Romanis religio... declarat". que, en tanto podía considerarse en un cierto sentido pertinente, en cuanto ponía en correlación el ámbito de eficacia de la norma con el del poder que la había dictado.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Con la observación anterior se quiere poner de relieve la firme convicción de los juristas de la época, tomada de la filosofía aristotélica, de que para operar una **reductio ad unitatem** del sistema del conocimiento, también el poder, como cualquier otro elemento de lo real, debe tener su justificación sustancial en un principio racional superior que permita conseguir esa unidad. En aquella época, el particularismo jurídico moderno, fundado en el pluralismo de potestades soberanas, no había alcanzado aún plena consistencia en la realidad y completa notoriedad en la doctrina.

4.— En particular, la función de la teoría de los estatutos en orden al fin de asegurar la unidad del Derecho. Teoría de los estatutos y Derecho Internacional Privado de la época actual: consideración general y objetiva de la concepción estatutaria; inexistencia de los problemas de las calificaciones y del orden público internacional.— De las precedentes consideraciones resulta la identificación del objeto que justificaba, en la época de referencia, la razón de ser de la teoría de los estatutos (26).

La teoría que nos ocupa participaba del fin general "esencial" a cada sistema jurídico: la solución de un determinado problema de Derecho debe ser única. Faltaría el Derecho a su objeto si permitiese, en tal caso, soluciones distintas. Este objeto es esencial, también, a los ordenamientos estatales modernos. Sin embargo, el principio de la relatividad de los valores jurídicos tiende a limitar, en tales ordenamientos, la consecuencia del referido fin. Como hemos de ver al tratar de la función del Derecho Internacional Pri-

---

A este principio se refiere el adagio "Statutum non ligat nisi subditos". Es evidente, sin embargo, que el concepto de los límites de eficacia del poder, al menos con relación al poder normativo de las autoridades subordinadas, no podía tener más que un valor coordinado con el de una justificación sustancial de dichos límites, señalada, fundándose en criterios de justicia, por el ordenamiento superior.
Cfr. sobre los momentos iniciales de la teoría de los estatutos y sobre el hábito de desarrollar las reglas que la integran con referencia a la ley Cunctos populos, **Laine:** Obra citada, página 104; **Gutzwiller:** Obra citada, página 302; **Meijers:** Obra citada, página 594.

(26) Para la teoría de los estatutos anterior a **Bartolo** cfr. la nota 6. Cfr. **Bartolo de Sassoferrato:** "Comm. in C. 1. 1. de Summa Trinitate" (ed. Venetiis, 1615). Siempre, para los textos de **Bartolo**, cfr **Meili:** "Die theorischen Abhannalungen von Bartolus u. Baldus über des Internationalen Privat und Strafrecht", en Zeitschrift für Internationales Privat und Strafrecht, 1894, páginas 260, 340, 446; así como la excelente traducción de **Beale:** "Bartolus on the Conflict of Laws". Cambridge, 1914. Sobre

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vado (27), en un Derecho Interno moderno, en línea de máxima (28), el propósito de garantizar la unicidad de regulación jurídica tiene aplicación solamente en el ámbito de los valores que tienen su sistema en el propio ordenamiento. Una divergencia entre soluciones de un mismo problema es siempre posible con relación a normas contradictorias de ordenamientos independientes entre sí. Al contrario, como ya hemos advertido, para el sistema filosófico escolástico, sobre el que estaba edificado el método jurídico de los glosadores, de los comentaristas y de sus sucesores (29), la exigencia de unicidad de relación jurídica alcanzaba un valor con tendencia a lo absoluto. La **reductio ad unitatem** de todo problema jurídico, requerida por la unidad racional y objetiva en la que estaba concebida la realidad, también jurídica, de entonces, trataba de no establecer límites de espacio y de poder a la mente de los estatutarios en la formulación de su teoría.

La teoría de los estatutos se proponía, por tanto, conseguir el fin "esencial" del Derecho, de asegurar la unidad de regulación jurídica, mediante el establecimiento de reglas instrumentales a las que se encomendaba la labor de indicar las normas competentes para regular una determinada hipótesis. Cuanto se ha dicho a propósito de la tendencia a absolutizar este fin en la época de la construcción escolástica del Derecho, hace evidente la amplitud de las funciones de las reglas establecidas por esta doctrina. Es oportuno recordar que las normas del **ius commune** constituían un sistema que trataba de resolver directamente todas las situaciones imaginables. El problema de garantizar soluciones unitarias se planteaba, en primer lugar, con ocasión de la relación entre normas de Derecho general y normas relativas a las mismas

---

la teoría de **Bartolo**, cfr., principalmente, **Laine:** Obra citada, página 131; **Gutzwiller:** Obra citada, página 316; **Meijers:** Obra citada, página 602. Para la enorme influencia que alcanzó la obra de **Bartolo** en varios países, cfr. muchas de las monografías contenidas en **Bartolo da Cassoferrato:** "Studi e documenti per il IV centenario", 2 cols., Milano, 1962. Cfr. **Baldo degli Ubaldi:** "Comm. in C. 1. 1. de Summa Trinitate" (ed. Venetiis, 1599), y también **Bonolis:** "Questioni di Diritto Internazionale in alcuni consigli inediti di Baldo degli Ubaldi", Pisa, 1908 y **Meili:** "Die theorischen Abhandlungen", citado, página 455. Sobre la teoría de **Baldo**, cfr. especialmente **Laine:** Obra citada, página 166.

(27) Cfr. parágrafo 10.
(28) Cfr. parágrafo 15.
(29) Cfr. así, el parágrafo 5, la teoría de **D'Argentré.**

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

hipótesis, de los ordenamientos particulares. Después, el mismo problema afectaba también a las relaciones entre normas de ordenamientos particulares distintos (30).

El primer aspecto de la cuestión tenía una influencia decisoria para la doctrina preponderante en aquellos países que consideraban el Derecho Romano como **ius commune** efectivamente vigente en sus territorios. En estos países, entre Derecho general y Derecho particular existía una relación de jerarquía sustancial, por la que las normas de Derecho general prevalecían sobre las de los ordenamientos particulares, cuando, según el principio del ordenamiento general, los valores por él expresados debían ser considerados inderogables.

Por el contrario, aquellos países en los que el Derecho Romano había descendido de su calidad de simple revelador de la **ratio scripta** a mera prueba de un Derecho general, subsidiario —aunque siempre vigente— del Derecho particular que estaba considerado como auténtico Derecho de Territorio, concedían mayor importancia al segundo aspecto del problema (31). Se procuraba dar a las normas de los ordenamientos particulares —que, en cambio, según la primera concepción tenían el carácter de normas especiales y, por ello, de interpretación restrictiva—, la mayor esfera posible de aplicación, en correlación, naturalmente, con la posibilidad de que el mismo efecto pudiese ser otorgado también a las reglas de los demás ordenamientos particulares (32).

---

(30) Los problemas que se plantean a los estatutarios están sintetizados en **Laine:** Obra citada, página 101, del siguiente modo: "1º Les statuts qui dérogeaint au Droit Commun étaient-ils valables? 2º S'ils étaient valables, quelle étendue d'application devaient-ils recevoir dans leurs rapports avec le Droit Commun? 3º Lorsqu'ils concurraient entre eux, comment ce conflit devait-il être reglé?". Es evidente que todos estos problemas tienden, en último análisis, a quedar reducidos a uno solo, el esencial para el Derecho, que no es otro sino el de asegurar la unidad de regulación jurídica.

(31) Para la comprobación de que la teoría de los estatutos se refiere no sólo a conflictos entre normas locales, sino también a conflictos entre diversos países, cfr. **Laine:** Obra citada, página 74.

(32) Cfr. en **Laine** un pasaje sacado de **Coquille:** "Institution au Droit des Français": «... en Italie le Droit Romain est le Droit Commun, et là les statuts qui sont contraires ou divers sont du Droit étroit. Mais à nous le Droit Romain ne sert que pour raison, et le Droit Coûtumier peut et doit être entendu et étendu au large avec bénigne interprétation...».

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Al Derecho general, que venía aplicándose en cuanto racional, y que por ser racional se consideraba vigente, correspondía la tarea de llenar los vacíos sustanciales producidos por la característica falta de sistema y particularismo de tales ordenamientos, pero, es evidente que su función principal comenzaba a ser la de señalar la norma aplicable al caso concreto, después de una elección entre las reglas de los diversos Derechos particulares. Función ésta que, después, ha quedado como típica de las reglas del Derecho Internacional Privado moderno.

Debe, sin embargo, subrayarse siempre que mientras hoy se considera al Derecho Internacional Privado —y ello es el resultado de su evolución histórica— como un sistema de normas pertenecientes al ordenamiento particular del Estado que impone su aplicación, en la época que estamos considerando esa función estaba confiada a principios vigentes estimados con valor absoluto. Lo que, por otra parte, además de en cuanto acabamos de indicar, encontraba su justificación práctica en la misma falta de sistema y en el particularismo —incluso desde el punto de vista del contenido— de los ordenamientos singulares, los que, dadas sus características, presuponían y hacían prever su integración en el ámbito de un ordenamiento general (33).

Siempre fundados en la validez de un sistema general de normas, se deben señalar otras diferencias entre la teoría de los estatutos y los sistemas actuales de Derecho Internacional Privado. El punto de vista general y objetivo desde el que observaba entonces el intérprete implicaba que el objetivo de asegurar la unidad de soluciones a un determinado problema jurídico tendiese a ser alcanzado, no sólo con relación a las cuestiones que normalmente interesan al Derecho Privado, sino, también, con referencia a cuestiones de Derecho Público. Los principios que servían para determinar las normas aplicables a un caso concreto, en cuanto que estaban considerados como pertenecientes a un sistema superior y absoluto, trataban de cumplir la función de resolver en términos generales el problema para el cual estaban formulados. Por ello, se estimaba como de su cometido, no sólo el determinar la ley aplicable de Derecho Privado, sino, también, por ejemplo,

(33) Cfr. a este propósito, **Coquille** en el pasaje citado en la nota 10.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el de señalar la ley procesal o penal competente (34). Y se tendía a garantizar —si bien tal función se viese perturbada por la fuerza centrífuga de los ordenamientos particulares—, que el problema planteado no sólo tuviese una solución única, sino que esa solución fuese adoptada por una sola autoridad competente.

En otras palabras, se trataba de resolver el problema general de la unidad de soluciones de la variada problemática jurídica teniendo en cuenta todos sus aspectos, como actualmente sucede dentro de cada ordenamiento interno.

Por el mismo motivo del reconocimiento de un ordenamiento jurídico superior y general, los juristas de la época no sintieron los problemas de las calificaciones y del orden público internacional (35). Estos problemas que preocupan a la doctrina moderna del Derecho Internacional Privado, y que tienen su principal fundamento en la separación entre los ordenamientos internos, no tenían entonces razón de plantearse. Las instituciones jurídicas de Derecho sustantivo no tenían **in apicibus**, o sea, en los principios fundamentales que las regulaban, esas calificaciones distintas en los varios ordenamientos particulares que actualmente impiden a menudo una concreción de reenvío de un Derecho estatal a otro, tal que haga posible la unidad de regulación de una situación determinada. Dichas instituciones tenían, en efecto, su calificación unitaria en las normas del Derecho general (36). Y por la misma

(34) Cfr. para la determinación de las leyes de procedimiento en la obra de los estatutarios, **Gutzwiller:** Obra citada, página 304; **Meijers:** Obra citada, página 595. En **Laine:** Obra citada, páginas 137 y 161, puede leerse una síntesis del pensamiento de **Bartolo** sobre la extensión de las leyes penales.

(35) Cfr. el parágrafo 13.

(36) Cfr. **Calasso:** "I glossatori", citado, página 25 en nota: «Il Diritto Statutario resterà sempre ius proprium: ma come esso nasce storicamente legato al ius commune, così la sua vita è inconcepibile senza di questo: nel campo dei diritti reali e delle successioni, il Diritto Statutario ha portato trasformazoni profonde, e in molti punti radicalissime ma i concetti di diritto reale e di successione vole a dire il piano su quale le trasformazioni operano, appartengono al Diritto Commune, né logicamente possono essere pensate, come staccate da quel piano: sicché, quando entro l'orbita di un ordinamento politico particolare una norma statutaria in materia di diritto reale o successorio si attua, non è solo il ius proprium che si attua, ma ius proprium e ius commune, in quanto elementi di un unico sistema normativo». El concepto de la calificación unitaria no podía expresarse mejor. Cfr., también, **Catellani:** Obra citada, página 255, que admite el carácter de superioridad que se reconoce al Derecho Romano, especialmente, «nella generalità dei suoi principi fondamentali».

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

razón, el problema del orden público y de las buenas costumbres no se resolvía, en aquella época, en el de la conformidad del Derecho Extranjero aplicable con los principios fundamentales de un determinado Derecho interno, sino, en relación con la existencia de principios superiores del ordenamiento general, en el otro problema de las relaciones entre las normas de los ordenamientos particulares y los principios inderogables del **ius commune** (37).

5.—La doctrina francesa de D'Argentré: contradicción entre las exigencias de la soberanía y las exigencias de la justicia.— El principio de la necesidad conceptual de un sistema lógico jurídico superior en el que los ordenamientos particulares encontrarían el motivo de su legalidad acabó al formularse el fundamento de la doctrina francesa —que encontró el máximo exponente en D'Argentré (38)—, la cual estaba ya abiertamente influenciada por la teoría política de la soberanía estatal (39). Pero, a pesar de sus drásticas afirmaciones, encaminadas a encontrar en el principio de la soberanía territorial el valor de una regla general, emanada de la comprobación de que una norma jurídica sólo tenía validez en el ámbito en que tenía eficacia el poder que la imponía, en reali-

(37) Para la inexistencia de un problema de orden público internacional en la época de referencia, cfr. **Mancini:** Obra citada, página 298. Acerca de la ineficacia de los estatutos contrarios a los principios generales y esenciales de Derecho Común, cfr. **Laine:** Obra citada, página 102. También el siguiente pasaje de **Meijers:** Obra citada, página 631: «Ces lois odieuses qu'on refuse, à cause de leur iniquité, d'appliquer hors le territoire, ce sont les prédecesseurs de l'ordre international public de la science moderne. Seulement avec cette différence qu'aujourd'hui chaque Etat puisse son ordre quasi international le sprincipes de ses propres lois, et qu'au contraire, au Moyen Age, on employait comme tel une équité naturelle placée au-dessus des Etats». Aparte de la inexistencia, en aquella época del concepto de Estado y la consideración —implícita en **Meijers**— de que la equidad natural se deducía de los principios generales del Derecho Común, cuanto afirma ese autor coincide con la tesis mantenida en el texto.

(38) Para una consulta de los textos de **D'Argentré** en materia de Derecho Internacional Privado, obtenidos de su obra «Commentarii in patrias Britonum leges, seu Consuetudines antiquissimi ducatus Britanniae», al comentar el artículo 218 de la antigua costumbre de Bretaña, cfr. **Meili:** "Argentraeus und Molineaus und ihre Bedeutung im Internationalen Privat und Strafrecht", en Zeitschrift für Internationales Privat und Strafrecht, 1895, página 371. Sobre la teoría de **D'Argentre,** cfr. **Laine:** Obra citada, página 310; **Gutzwiller:** Obra citada, página 323.

(39) Cfr., para ésta, **Bodin:** "Les six livres de la République", París, 1577, páginas 49, 132 y 154. Cfr. a propósito, **Calasso:** "Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale", 2, Milano, 1935, página 256.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dad D'Argentré justificaba los límites espaciales de aplicación de las normas pertenecientes a ordenamientos diversos también en motivos de diversa naturaleza. Ahora, el principio de la soberanía tiene su justificación en una serie de razones que se resumen, después, en la de la fuerza del poder, las cuales no tienen la menor afinidad y son absolutamente inconciliables —dada la que se podría calificar de brutalidad de su esencia—, con los motivos de justicia y de equidad que constituían las excepciones admitidas por el citado autor. Mas, como se ha apuntado, un rápido examen de la teoría de D'Argentré evidencia que los principios generales de los llamados conflictos de leyes eran, nuevamente, llevados a un ordenamiento racional superior.

En primer lugar, el criterio de la territorialidad de la ley no coincidía en absoluto con el principio de la soberanía. De hecho comprendía la posibilidad de que un juez aplicase una ley extranjera, en cuanto fuese la ley territorialmente competente. Ciertamente, el estatuto real no tenía el fin especial de garantizar el respeto de la soberanía del Estado en el que las cosas objeto de la relación se hallaban, sino el de asegurar la justicia de la solución única, con referencia a aquellas relaciones que tenían una vinculación más evidente con el territorio en el que estaban situados los bienes. Y la regla de la territorialidad de la ley, de D'Argentré, aun motivada en el principio de la efectividad del poder, no tenía, en sustancia, un valor distinto de aquel que acabamos de indicar (40). La única diferencia entre la doctrina que nos ocupa y la precedente estaba constituida por la mayor esfera de apli-

(40) Cfr. en este sentido, **Bormichon:** "La notion de conflit de souverainetés dans la science des conflits de lois", en Revue Critique de Droit International Privé, 1949, página 625: «La conclusion s'impose donc: ce que D'Argentré et ses successeurs entendent affirmer, c'est seulement ceci: la loi des choses ne peut être que la loi du lieu des choses. En autres termes, les coutumes sont faites pour les choses dont l'ensemble constitue le territoire, et seulement pour elles. Le juge parisien n'est pas tenu par le principe de souveraineté des coutumes, à ignorer toute autre loi que la sienne. Bien au contraire, il ne peut appliquer que les règles faites pour les choses en litige, c'est-à-dire celles de la situation des biens, même édictées par un autre souverain. Le principe invoqué est donc, à y regarder de près, celui de la «nature des choses», du siège naturel des rapports de droit, auquel Savigny attachera plus tard son nom». Y, después: «Ce principe est évidemment tout différent d'un axiome tiré de la souveraineté du prince, entendu au sens moderne».

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cación atribuida al estatuto real, en el que se hacía entrar, también, a los llamados estatutos mixtos, que comprendían elementos subjetivos y objetivos y que, en cambio, estaban sujetos a una regulación autónoma por los juristas anteriores.

En segundo lugar, por lo que se refiere a los estatutos personales, la doctrina francesa que examinamos, a semejanza de las tesis anteriores, los sometía a la regulación de la ley del domicilio, estableciendo al hacerlo así una segunda derogación esencial al principio que pretendía hacer coincidir el campo de aplicación de las normas jurídicas con el del poder que las dicta (41).

Hay que recordar, además, que el propio D'Argentré, para imponer sus ideas, se refería aún a principios del sistema romano, en general, erróneamente aducidos (42). En realidad, aun en aquellos tiempos, el valor racional del Derecho Romano formaba la urdimbre de un sistema que pretendía justificar, en sentido absoluto y objetivo, las reglas obtenidas por la doctrina, mediante elección entre distintos ordenamientos jurídicos de las normas a aplicar a una determinada situación. Se persistía, en sustancia, en conseguir que los ordenamientos particulares encontrasen la justificación de su legalidad en este sistema general racional. De aquí que la legalidad estaba concebida, no en sentido formal, como construcción dogmática de reglas que encontraban su fundamento en el poder soberano que las imponía, sino, especialmente **in apicibus**, como legalidad sustantiva obtenida por la lógica de un razonamiento —reputado él mismo parte de la realidad objetiva y que actúa como su elemento coordinador—, que tenía el cometido de reunir los datos de la realidad, y entre ellos los datos jurídicos, en un orden considerado de valor absoluto (43). En otros términos, la validez estaba constituida por la propia racionalidad sustancial del sistema.

Y, con base en esta concepción del Derecho, se comprende fácilmente cómo al examinar el problema de las normas sobre los

---

(41) Sobre contradicciones en la obra de **D'Argentré**, cfr. **Laine:** Obra citada, página 322.

(42) Acerca de las citas romanistas a veces arbitrarias, de **D'Argentré**, cfr. **Laine:** Obra citada, página 318.

(43) Cfr., sobre el concepto de que la soberanía medieval no era «compresibile se non dentro l'orbita della legalità», **Calasso:** "Gli ordinamenti", citado, página 299; idem: "I glossatori", citado, página 166.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

denominados conflictos entre ordenamientos particulares, los juristas no concibieron ni siquiera un dualismo entre universalidad del objeto sustancial de las normas de que tratamos —ínsita en su propia naturaleza de reglas que se refieren a relaciones entre ordenamientos jurídicos diversos—, y particularismo del punto de vista formal, constituido por cada uno de dichos ordenamientos, de los que esas reglas de coordinación podían ser tomadas en consideración. Las reglas para determinación de las normas a aplicar, para escoger entre ordenamientos jurídicos diferentes, se consideraba que tenían, por su naturaleza, un valor sustancial universal, y precisamente, por tales razones, debían considerarse pertenecientes a un sistema jurídico distinto y superior a aquellos de los ordenamientos particulares que constituían su objeto. La única medida de su validez venía dada, por lo indicado, de su contenido universal de racionalidad. No se había llegado en aquel tiempo a conocer la posible existencia de reglas que teniendo, por su objeto, una tendencia a la universalidad, obtuviesen sus motivos de validez formal solamente en el poder de imposición de un ordenamiento particular, hasta dar lugar a aquel dualismo entre razones del poder y razones de la justicia que, como veremos, aparece evidente en los modernos sistemas de Derecho Internacional Privado.

En conclusión, en la doctrina de D'Argentré se entrevé el intento de hacer coincidir la esfera de validez de las normas con el ámbito de eficacia del poder que las impone. Sin embargo, la falta de un claro conocimiento del apuntado dualismo entre razones del poder y razones de la justicia, que hubiera hecho concebible la aplicación de normas extranjeras también en el campo territorial sujeto a otro poder soberano por voluntad de este último, y por otro lado la sabida injusticia de la solución que limita rigurosamente la esfera de aplicación de las normas a aquella señalada por el ámbito del poder que la impone —solución que hubiera constituido la negación absoluta de los progresos sobre el Derecho Feudal sin duda conseguidos con la teoría de los estatutos—, constriñe a la doctrina francesa que comentamos a abandonar la concepción del poder como única determinante de la esfera de aplicación de las normas y a volver a la tesis que basaba en un sistema racional —en el que el elemento de a soberan'a no era más que uno de los componentes—, la función de señalar las nor-

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mas aplicables, a fin de conseguir la solución unitaria de un determinado problema jurídico.

6.—El dualismo entre exigencias del poder y exigencias de la justicia establecido y asegurado por la doctrina holandesa.— De todos modos, los tiempos estaban maduros para que una doctrina dualista sentase sus bases, aunque sus frutos, en el sentido de un consentimiento general acerca de ella, sólo a duras penas se afirmaran.

La idea de que las razones del poder fuesen inconciliables y diversas respecto a las de la justicia sustancial, se abre camino en la escuela jurídica holandesa, adoptada por la doctrina anglosajona, como consecuencia de la afirmación de la soberanía territorial. El poder se convierte ahora en el objeto de un razonamiento autónomo, mientras el problema de la justicia de las soluciones y, especialmente, el que una determinada cuestión jurídica debía, en todo caso, tener una solución unitaria, permanece subordinado a las exigencias del poder (44). Tampoco, ahora, se excluía la

(44) Para cuanto se refiere a la doctrina holandesa, remitimos a **Laine:** Obra citada, II, París, 1892, página 95, con una exposición suficientemente sistemática de las doctrinas de **Pablo Voet** (1619-1677), **Juan Voet** (1647-1714) y de **Ulrico Huber** (1636-1694), limitándonos a recordar de este último autor, que es seguramente el mayor exponente de la referida escuela, algunos pasajes sacados de una edición de Macerata, de 1838-39, de sus "Praelectiones juris civilis secundum institutiones et digesta Justiniani" (tomo II, libro I, Título III), puesto bajo la rúbrica "De conflictu legum diversarum in diversis imperiis" (55 de la edición referida), título usado por vez primera para indicar la materia que aquí nos interesa. El autor, después de haber afirmado que «Notum est porro, et statuta singulorum populorum multis partibus discrepare, posteaquem dissipatis Imperii Romani provinciis, divisus est orbis Christianus in populos firme innumeros, sibi mutuo non subjectos, nec ejusdem ordinis imperandi parendique consortes», sostiene que las reglas fundamentales sobre los conflictos de leyes «ex ipso Jure Romano videntur esse petendae», por cuanto añade «ipsa questio magis ad Jus Gentium quam ad Jus Civile pertineat, quat nus, quid diversi populi inter se servare debeant, ad Juris Gentium rationes pertinere manifestum est». En realidad, como se deduce del texto, tal referencia a un Derecho superior servía solamente para justificar el principio de la omnipotencia de los ordenamientos soberanos. En efecto, he aquí los tres axiomas en que se basa la teoría de **Huber:** «I. Leges cujusdem imperii vim habent intra terminos ejusdem Republicae, omnesque ei subjectos obligant, nec ultra. II. Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur. III. Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi, intra terminos ejus exercita, teneant ubique esuam vim, quatenus nihil potestati aut Iuri alterius imperantis ejusdem civium praejudicetur».

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

existencia de sistemas racionales que resolviesen en términos de justicia este último problema, con referencia a las relaciones entre normas pertenecientes a ordenamientos soberanos distintos, pero se advertía cómo, en último análisis, la aplicación de estos sistemas dependía siempre del soberano nacional. O, de otro modo, se consideraba que, en el campo de una determinada esfera de soberanía, las normas emanadas de una fuente distinta de poder conseguían ser aplicadas, basándose en dichos sistemas racionales generales, solamente si el soberano territorial no se oponía a su actuación (45).

Esta aplicación rigurosa del principio de la efectividad del poder se hacía derivar aún **ex summo iure et ratione naturali**, es decir, de un sistema general de Derecho superior al de los ordenamientos particulares, al cual no correspondía ya más que el principio de justificar la omnipotencia de dichos sistemas particulares soberanos en el campo de su esfera de efectividad.

Tan limitada y extraña concepción de un Derecho superior natural que se identificaba con el principio de efectividad, no impedía, reiteramos, la aplicación en otros países de sistemas racionales de determinación de las normas pertenecientes a ordenamientos jurídicos diversos, que tenían la finalidad de garantizar la solución unitaria de un determinado problema jurídico. Y, tampoco impedía, dada la confianza depositada en la razón humana, la tendencia a atribuir a esos sistemas un valor general y absoluto. Mas esta atribución de valor era entendida, ahora, en el sentido de que esos sistemas fuesen idóneos, desde el punto de vista sustancial, para llenar la función para lo que habían sido concebidos. No se les otorgaba el valor de ordenamientos jurídicos superiores objetivamente vigentes; sus reglas no tenían validez in-

---

Las clásicas páginas de **Huber** han sido también reproducidas por **Meili:** "Ein Specimen aus der holländischen Schule des Internationalen Privatrecht (Ulricus Huber 1636-1694)", en Zeitschrift für Internationales Privat und Strafrecht, 1898, página 192.

(45) Para la clara distinción que existe entre la teoría de **D'Argentré** y la doctrina holandesa, cfr. **Bormichon:** Obra citada, página 632: "On voit le chemin parcouru D'Argentré. Celui-ci, parti du principe esentiel, aboutissait à la realité des coutumes; l'inmeuble est régi naturellement par la loi de sa situación. Les Hollandais partant du principe formel, aboutissent à la territorialité: le juge ne peut appliquer que la loi du for".

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

trínseca; pero su obligatoriedad y su aplicación dependían de los poderes soberanos que regían los ordenamientos estatales (46).

Realmente, la teoría de los juristas holandeses no era inmune a las críticas. Resta todavía dudosa, tanto la interpretación del principio formulado por dicha doctrina, que hacía proceder la aplicación de las reglas de "conflicto" y la consiguiente posible validez concedida por la autoridad interna a normas extranjeras, del concepto, poco determinado, de "cortesía internacional", cuanto el significado de la denominación "conflicto de leyes", que sirvió para calificar, por vez primera, el objeto de las reglas de determinación de las normas aplicables.

---

(46) La teoría holandesa fue seguida en los países anglosajones, como se hizo notar. Cfr. **Story:** "Commentaries on the Conflict of Law", Boston, 1883, (la primera edición es de 1834), página 35: "The doctrine of Huberus would seem therefore to stand upon just principles; an though, from its generality, it leaves behind many grave questions as to its application, it has much to commend it in point of truth, as well as of simplicity. It has accordingly been sanctioned both in England and America by a judicial aprobation, as direct and universal as can fairly be desired for the purpose of giving sanction to it as authority, or as reasoning". Y, de la aplicación que la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas han dado a la teoría holandesa, puede obtenerse el grado de su efectiva consistencia. Así, el principio por el que la ley extranjera es aplicada en el interior de un país por voluntad de la lex fori resulta evidente en el mismo **Story:** Obra citada, página 35: "In the silence of any positive rule affirming or denying or restraining the operation of foreing laws, courts of justice presume the tacit adoption of them by their own government, unless they are repugnant to its policy or prejudicial to its interests". Cfr., por otra parte, también autores anglosajones más recientes. Concretamente, **Westlake:** "A Treatise on Private International Law", London, 1925, página 7: "What then is to be inferred from the silence of the national law on these topics? The inference that national law itself must always be applied, and that no validity is to be allowed to foreign judgements, would have led to practical results so shocking to all notions of justice that it has been drawn: it has been regulary assumed that the national law tacitly adopts some maxims according to wich foreing law and foreing judgments are sometimes admitted to be of force". Y, también, **Dicey:** "A Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Law[4]", London, 1927, página 9: "If the assertion that the recognition or enforcement of foreing law depends upon comity means only that the law of no country can have effect as law beyond the territory of the sovereign by whom it was imposed, unless permission of the State where it is allowed to operate, the statement expresses, though obscurely, a real and important fact". Naturalmente, del principio de la omnipotencia de la soberanía estatal deriva el otro de que, en la hipótesis de que la ley «positiva» imponga normas específicas de Derecho Internacional Privado, éstas deben prevalecer. Cfr., en tal sentido, **Wharton:** "A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law[3]", I, Rochester, 1905, página 9: "This

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Con referencia al primer punto, la teoría que comentamos puede interpretarse en el sentido de que, mientras para el Derecho Internacional —salvo las costumbres y los tratados—, el soberano no tenía obligación de aplicar el Derecho Extranjero, sin embargo, por motivos políticos que podían resumirse en la idea de la **comitas**, aquél imponía la aplicación en el ordenamiento interno de un sistema de reglas de los citados conflictos. Tal sistema, puramente racional, que comportaba una tendencia a ser considerado general y absoluto por su contenido, conseguía así autoridad en el campo de aplicación de algunos ordenamientos por voluntad de los soberanos que le adoptaban.

---

conception of the subjectis of practical importance, since it connotes the qualification wich attaches to all principles of Private International Law (when viewed, not from tre point of view of a particular sovereignty) to displace those principles, howewer well established by the concurring voices of the courts and jurist of other sovereignties, and to apply in place thereof antagonistic principles established at the forum, whether declared by formal legislative acts, or by judicial precedents". Y, aún: "It may, either by legislative acts, or by a series of judicial precedents, establish a uniform rule for the determination of cases involving foreign elements that is opposed to the principes of Private International Law generally accepted elsewhere. In this sense comity —not the comity of the court in the particular case, but the general comity of the sovereignty as declared by legislation or judicial precedents establishing a uniform rulemay properly be regarded as the basis of the recognition and opplication of a foreing law".

Pero, donde no existían "positivas" disposiciones en contrario venían aplicados, en los ordenamentos anglosajones, aquellos sistemas racionales de Derecho Internacional Privado con tendencia universal a que se hace referencia en el texto. Cfr., así, **Story:** Obra citada, página 26: "The Common Law of both countries (Inglaterra y Estados Unidos) has been expanded to meet exigences of the times as they have arisen; and so far as the practice of nations or the jus gentium privatum, has been supposed to furnish any general principe, it has been followed out with a wise and manly liberality". Y, normalmente, sostiene **Westlake:** Obra citada, página 7: "The maxims adopted in England on questions of Private International Law were derived fron those which prevailed on the continent". Se cierra así el círculo. Sistemas más o menos directamente deducidos de la teoría de los estatutos eran aplicados por los juristas anglosajones, sistemas a los que se llama ius gentium privatum, pero que no forman parte ni del Derecho Internacional, ni de cualquier otro Derecho superior, y que tienen aplicación como ordenamientos meramente racionales con tendencia universal, exclusivamente por voluntad de los ordenamientos internos.

Y, el sistema preferido de los anglosajones concluyó por ser el de **Savigny:** "Sistema del Derecho Romano actual", VIII, traducción española de **Messia** y **Poley.** Madrid, 1879, quien, consciente de que su aplicación dependía, en último análisis, de la voluntad de los Estados, creía en la existencia de una «comunidad universal de Derecho», de

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por lo que se refiere al segundo punto, o sea, a la adopción de la expresión "conflicto de leyes", hay que advertir que esta expresión no resultaba justificada desde un punto de vista formal, dada la plena correspondencia, que excluía todo conflicto entre campo de aplicación de las normas y campo de efectividad del poder soberano que las imponía, mientras que, en cuanto al fondo, tendía a justificar un fenómeno muy diverso, es decir, la elección realizada unilateralmente por varios ordenamientos soberanos —aunque fuera basada en un sistema racional de reglas, con-

un sistema universal de normas sobre los casos de colisión determinados a base del conocido axioma «para cada relación jurídica se aplica la esfera del Derecho a la que por su peculiar naturaleza pertenece y está sometido». "La natura delle cose —comenta **Cattelani:** Obra citada, II, "Il Savigny, la scuola italiana e gli sviluppi più recenti della dottrina dell'ordine pubblico", Torino, 1902, página 100—, che é il criterio adoptato dal Savigny per determinare le leggi competenti a regolare i singoli rapporti di Diritto, è un criterio di verità universale la quale per ogni rapporto giuridico non può dare se non che il risultamento di una sola e sempre identica risposta. Secondo quel criterio i tribunali di ciascun Paese non solo sarebbero per tal guisa accesibili agli stranieri come ai nazionali, ma, dovendosi giudicare della legge da preferirsi per regolare un rapporto giuridico, la decisione resulterebbe sempre e dovunque la stessa, qualunque fosse ed a qualunque Paese appartenesse il tribunale chiamato a giudicarne". El criterio, en cierto sentido realista de la «sede de la relación», sobre el cual basaba **Savigny** la universalidad de su sistema, acabaría por transformarse, por obra de sus intérpretes y epígonos (cfr., especialmente **Von Bar:** "Theorie und Praxis des Internationalen Privatrechts", I Hannover, 1889, en particular página 5) en el concepto, de tendencia jusnaturalista de la «naturaleza de las cosas». Pero el pragmatismo anglosajón, por otra parte, no daba siempre mucho crédito a las «verdades absolutas» que resultaran de los principios de Derecho Internacional Privado con tendencia universal que venía aplicando. Y, si **Phillimore:** "Commentaries upon International Law", IV[3], London, 1889, página 7, acudiendo a **Savigny,** habla de "natural order of thinking", precedentemente, en opinión del juez Porter, recogida en **Story:** Obra citada, página 28, encontramos la inclinación a desconfiar de los principios generales y a tener presente, en las decisiones, las exigencias de la justicia en los casos concretos: "When so many men of great talents and learning are thus found to fail in fixing certain principles, we are forced to conclude that they have failed, not from want of ability, but because the matter was not susceptible of being settled on certain principles. They have attempted to go too far, o define and fix that which cannot, in the nature of things be defined and fixed. They seem to have forgotten that they wrote on a question which touched the comity of nations, and that comity is, and ever must be, uncertain; that it must necessarity depend on a variety of circumstances which cannot be reduced to any certain rule...". Cfr., en este último punto, con referencia a la relatividad de los sistemas «racionales» de reglas de Derecho Internacional Privado, el parágrafo 9.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

siderado con valor general por su contenido—, de las normas aplicables para conseguir una solución unitaria de los problemas jurídicos. Pero, aún en este segundo sentido, la denominación "conflicto de leyes" resultaba inadecuada, en cuanto que no se refería a los "conflictos" entre poderes normativos, sino a una elección entre soluciones de un determinado problema jurídico.

7.— Relación entre voluntad soberana y Derecho aplicable. El carácter de Derecho no formalmente encuadrado de los sistemas racionales, con tendencia universal, de Derecho Internacional Privado de la época de la doctrina holandesa y de las sucesivas.— Llegados a este punto en la historia del pensamiento jurídico, es oportuno fijar algunas conclusiones, que forman, después, los presupuestos del desarrollo sucesivo del fenómeno que nos interesa.

Debe advertirse que, también en el último período histórico examinado, era desconocido el concepto, que tendremos que criticar al referirnos a las experiencias jurídicas actuales del Derecho Internacional Privado (47), del monopolio estatal del Derecho. Se refiere, en general, esta expresión, a un ordenamiento soberano que, además de imponer directamente la mayor parte de las normas que aplica, no se limita, para las demás vigentes en su campo de acción, a garantizar su actuación pura y simple, sino que las encuadra positivamente —sean de derivación meramente racional, o consuetudinaria, o extranjera—, en el ámbito de su sistema, en el sentido de que, en último término, también estas normas resultarán formalmente puestas por el legislador, que las deformará en el contenido para adaptarlas al sistema de reglas creado directamente por él, las insertará en el rango que considere oportuno de la jerarquía de las fuentes, atribuyéndolas un valor "relativo" por la forma y por el fondo, al ordenamiento propio.

En la época a que nos referimos y hasta el siglo XIX, tal concepción del Derecho (48), que, a nuestro parecer y como hemos de ver, tampoco revela con exactitud la realidad jurídica contempo-

---

(47) Cfr. el parágrafo 15.
(48) Cfr., a este propósito, **Barile:** Obra citada, página 481.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ránea (49), era universalmente desconocida. El peso de la voluntad legislativa no actuaba positivamente sobre la regulación de todas las relaciones contempladas por el ordenamiento estatal. Las normas directa o indirectamente encuadradas por dicha voluntad eran pocas y carecían de sistemática, tanto que estaban mezcladas con normas consuetudinarias o, en la hipótesis de que éstas no hubieran tenido tiempo de alcanzar eficacia, con reglas deducidas mediante métodos racionales que tenían más o menos en cuenta las exigencias de lo concreto.

Por lo general, estas últimas reglas tenían por su propio contenido un valor particular, en el sentido de que consideraban solamente problemas particulares relativos al país en que eran aplicadas; pero no se podía excluir —precisamente por su naturaleza de reglas sustantivas no emanadas positivamente de la voluntad legislativa—, que se propusieran alcanzar fines de valor general, como era, precisamente, el caso de aquellos sistemas de normas del denominado "conflicto", declaradas por la doctrina fundándose en precedentes históricos, principalmente del Derecho Romano y de la teoría de los estatutos, que se proponían, más allá y por encima de los ordenamientos particulares, conseguir el objetivo de asegurar la uniforme regulación de las relaciones jurídicas, mediante la indicación de la ley, nacional o extranjera, aplicable a una determinada situación.

Respecto a estas reglas puede decirse que, en cuanto que eran aplicadas por dicho ordenamiento en su valor sustancial originario, tenían que ser interpretadas a base de su fin universal, el que, insistimos, no era, en general, restringido o limitado por los sistemas particulares en los que encontraba su aplicación.

De otro modo, las reglas a que nos referimos estaban consideradas como pertenecientes a un sistema que, por el fin que se proponía, era concebido de carácter universal y aplicado como tal,

---

(49) A más de lo que veremos a continuación (parágrafo 15) a propósito del valor del Derecho Extranjero requerido por los sistemas actuales de normas de Derecho Internacional Privado, cfr., en **Barile:** Obra citada, I, página 485 y II "Rapporti fra sistemi omogenei ed eterogenei di norme internazionali ed interne", en Rivista di Diritto Internazionale, 1957, página 37, las relaciones de interdependencia existentes entre International Common Law, Common Law y Statute Law en los países anglosajones.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

también por obra y voluntad del legislador particular. Por eso, era natural que no resultasen insertas en la lógica particular del sistema de normas directamente formuladas o encuadradas por aquél, sino que encontrasen su lógica en el sistema general que justificaba su función universal. En sentido análogo y por parecidas razones, tampoco estaban encajadas en la lógica particular del sistema de la **lex fori** las normas extranjeras aplicables, en cuanto que eran determinadas por los referidos sistemas de reglas del denominado conflicto.

En este sentido podemos hablar de una "apertura" de los ordenamientos soberanos, que, aun conocedores de la exclusividad y carácter absoluto del poder de dictar normas jurídicas en el ámbito espacial sometido a su soberanía, no se proponían regular positivamente de modo particular todas las relaciones jurídicas sino que dejaban a sus intérpretes la posibilidad de aplicar, a continuación de la determinación hecha por las reglas sobre los llamados conflictos de leyes, en general, no encuadradas formalmente, normas también pertenecientes a sistemas extranjeros que venían aplicándose en sus sustanciales características originarias.

8.— La doctrina de los siglos XVII, XVIII y XIX como continuación de las experiencias precedentes. La denominación "Derecho Internacional Privado".— Estas consideraciones justificaban las doctrinas que, no obstante el conocimiento ya más o menos pleno del absolutismo del poder del Estado (50), continuaban construyendo sistemas de conflictos, a los cuales, por su valor sustancial, se trataba de atribuir alcance universal. La doctrina francesa siguió

(50) Cfr., así, en la estela de **Story** a **Foelix:** "Traité de Droit International Privé ou de conflit des lois de différentes nations en matière de Droit Privé", I³, París, 1856, página 21 (la primera edición es de 1843): "...tous les effets que le lois étrangères peuvent produire dans le territoire d'une nation dépendent absolument du consentement exprès ou tacite de cette nation". Y, más adelante (página 22): "En cas de silence (de la ley nacional) et alors seulement, les tribunaux peuvent apprécier, dans les espèces particulières, jusqu'à quel point il y a lieu à suivre les lois étrangères et à en appliquer les dispositions". Y, también, **Laurent:** Obra citada, página 75: "Il va sans dire, que, si le legislateur consacre des principes du Droit International, comme le fait le Code Italien, les règles qu'il établit seront obligatoires pour le juge, quand même elles ne seraient pas en harmonie avec les enseignements de la science".

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los esquemas de Dumoulin (51), de Coquille (52) y de D'Argentré (53) hasta la época de la codificación y, dentro de ciertos límites, después (54). La doctrina anglosajona, aun consciente de la importancia de la doctrina holandesa, se hacía eco de los sistemas racionales y, en especial, del de Savigny, que, en la famosa teoría que centraba la solución de los "conflictos" de leyes en la determinación de la "sede" de la relación que se pretende regular, se proponía el logro de un objetivo general, aun siendo plenamente conocedor de que el valor de su sistema dependía de la aplicación que de él hubieran hecho los ordenamientos soberanos (55). Y puede decirse que la concepción manciniana de la nacionalidad que, en el campo internacional-privatista, establecía como criterio esencial para la determinación de la ley aplicable el de la nacionalidad de las partes de la relación, fue construida como sistema racional general (56).

La misma expresión "Derecho Internacional Privado" adoptada por vez primera por Story (57) para indicar el fenómeno que

---

(51) Cfr. para un compendio de la obra de Derecho Internacional Privado de **Dumoulin** (1500-1566), "Argentraeus und Molineus", citado, página 554. Sobre la teoría de **Dumoulin**, cfr. **Laine:** Obra citada, I, página 223.

(52) Cfr. las notas 10 y 32.

(53) Cfr. el parágrafo 5.

(54) Cfr. **Despagnet:** "Précis de Droit International Privé", París, 1909, página 46: "Les Etats peuvent d'abord établir les règles relatives aux conflits de lois dans leur propre législation ou dans leur jurisprudence, en s'inspirant tous des principes rationels que la doctrine universelle précise de plus en plus". Y, respecto al fin que esa doctrina universal debe alcanzar (Obra citada, página 47): "...il sufira que l'unité des solutions se manifeste quant aux conflits de lois, c'est-à-dire quant à la determination de la loi applicable dans telle circonstance donnée".

(55) Para una exposición sintética de la doctrina anglosajona y de la teoría de **Savigny**, cfr. la nota 46.

(56) Cfr. **Mancini:** Obra citada, página 292.

(57) Cfr. **Story:** Obra citada, página 10: "This branch of Public Law may therefore be fitly denominated Private International Law, since it chiefly seen and felt it its application to the common business of private persons, and rarely rises to the dignity of national negotiations, national controversies". Aun cuando no sea del todo convincente, esta justificación es siempre mejor que la de **Foelix:** Obra citada, página 2: "On appelle Droit International Privé (Jus Gentium Privatum) l'ensemble des règles d'après lesquelles se jugent les conflits entre le Droit Privé des diverses nations; en d'autres termes, le Droit International Privé se compose des règles relatives à la application des lois civiles ou criminelles d'un Etat dans le territoire d'un Etat étranger". La referencia a un conflicto de leyes quita toda justificación a un cambio de denominación. Contra la expresión «Derecho Internacional Privado»,

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estudiamos, se adapta a la construcción jurídica antes expuesta. En efecto, se trataba de expresar el sentido de un sistema de reglas que, fuera cualquiera su valor, tendía a conseguir el carácter de universal; que no fuese, por su naturaleza intrínseca, particular a los singulares ordenamientos estatales, sino que se propusiera una función universal. Y la expresión "internacional" parecía expresar bien esa finalidad, aunque se podía producir confusión con otra expresión, la de "Derecho Internacional" que se refería a un sistema de reglas distinto y extraño, por el valor y por la función, al que nos ocupa. Pero, a esa confusión sólo puede ser inducido un observador superficial. El calificativo "internacional", atribuido al sistema de los llamados "conflictos de leyes", servía para indicar, bien el carácter tendencialmente universal de sus reglas, o bien la particular estructura de las relaciones que tales reglas se proponían disciplinar; cierto es que el término que nos ocupa no hacía referencia —sino en la confusión de ideas de parte de la doctrina de entonces sobre el propio concepto de "Derecho Internacional" (58)—, ni a un valor jurídico genérico autónomo del sistema, que, como hemos visto, no existía, en cuanto que dicho sistema participaba del valor jurídico de los ordenamientos que le aplicaban, ni, específicamente, al valor de las normas del Derecho Internacional que constituían, en cambio, un verdadero ordena-

---

cfr. a **Harrison:** "Le Droit International Privé ou le conflit des lois particulièrement en Angleterre", en Journal du Droit International Privé, 1880, página 533. Para la historia de esa denominación cfr. **Zitelmann:** Der Name "Internationales Privatrechts", en Niemeyers Zeitschrift für Internationales Recht, 1918, página 177.

(58) Para una exposición sintética y una crítica cerrada de las «doctrinas internacionalistas» de Derecho Internacional Privado, lato sensu entendidas, cfr. **Quadri:** Obra citada, página 53. Coloca **Quadri** entre tales doctrinas, las «universalistas» que clasifica como «iusnaturalistas» (página 54), y la teoría de la "comitas gentium" (página 77). Ahora, mientras se admite que la falta de una clara distinción entre Ius Gentium y Ius Gentium Privatum haya podido crear una cierta confusión, creemos haber demostrado que el concepto de Derecho Internacional ha jugado poco en la formulación de dicha doctrina. Después, en cuanto hace referencia a la doctrina de la comitas gentium, en particular, si el motivo del absolutismo del poder podía hacerse remontar "ratione naturali" a un principio de Derecho Internacional (por cuanto que tenía su sustancial justificación en la teoría de la soberanía), no podía decirse otro tanto para el Ius Gentium Privatum constituido por aquellos sistemas racionales de Derecho Internacional Privado de los que se servían los ordenamientos particulares para desenvolver el principio de la comitas.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

miento jurídico, por sí, extraño al fenómeno que nos ocupa. La específica dada por el adjetivo "privado", que trata de subrayar en las reglas que aquí nos interesa el carácter de norma tendente a regular relaciones entre individuos y, en general, de orden privado, acentúa la diferenciación. Pero, la justificación de este último adjetivo merece un desarrollo más amplio, que realizaremos a continuación (59).

9.— La relatividad sustancial de los sistemas "universales" de Derecho Internacional Privado vigentes en los diversos ordenamientos estatales. Límites y deformaciones de tal vigencia. En particular, el planteamiento de los problemas de las calificaciones y del orden público internacional.— La concepción de un sistema racional, considerado universal, de normas relativas al "conflicto de leyes", o, como comenzaba a decirse, de "Derecho Internacional Privado", en cuanto establecido independientemente por los particulares ordenamientos estatales, reproducía los problemas de la "relatividad", que ya habían sido resueltos en sentido positivo desde el ángulo visual de la lógica del poder, también con referencia al contenido.

Verdaderamente, perdida la conciencia jurídica de la unidad del ordenamiento universal que, en cierto modo, sostenía la construcción escolástica de la teoría medieval de los estatutos y la proporcionaba el carácter de una cierta respuesta a la realidad, planteado de nuevo el problema de un sistema universal de reglas de "conflicto" basado exclusivamente sobre la racionalidad intrínseca de sus normas y no ya sobre un valor jurídico general, la doctrina, en la época en que el Derecho Natural celebraba aún sus glorias (60), intentaba construir un sistema universal precisamente sobre la pretendida universalidad de los principios del Derecho Natural. En realidad, sistemas racionales de ese género, cuyas soluciones se vinculaban a particulares razones políticas, fueron encontrados y se podían descubrir en número infinito. Algunos

(59) Cfr. el parágrafo 12.

(60) Cfr. **Jellinek:** "System des subjectiven öffentlichen Rechte", Freiburg, 1892, página 297, que emplea una frase análoga con referencia al Derecho Internacional de la época. Para la doctrina del Derecho Natural con relación al Derecho Internacional Privado, cfr. la nota 46.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de ellos tuvieron importancia por la autoridad de sus creadores y por la servil referencia a la teoría de los estatutos, pero, el sistema racional universal que cada ordenamiento particular aplicaba, era distinto, al menos en parte, del establecido por los demás ordenamientos. Y, de este modo, aquel universalismo, que constituía su razón de ser, se perdía en el relativismo de la pluralidad de dichos sistemas.

Al relativismo formal —que emanaba de la circunstancia de que los sistemas de normas de conflicto, aun considerados "universales", eran autónomamente aplicados por los diversos ordenamientos—, y a aquella relatividad sustancial derivada de la falta de conformidad entre tales sistemas, se añadían, más tarde, otros motivos de relatividad conexos a los ahora descritos.

En primer lugar, las autoridades de ordenamientos diferentes —también cuando aplicaban normas de conflicto de contenido abstractamente idéntico, no obstante cuanto hemos dicho antes en orden a la inexistencia de un encuadramiento formal (61)—, tendían con frecuencia, y por razones derivadas de la particularidad del ángulo visual, a dar a aquéllas una interpretación diversa. El valor de costumbre que esas reglas venían asumiendo y, en especial, la regla del **stare decisis**, que en algunos ordenamientos, como los anglosajones, comenzaba a tener un cierto sentido obligatorio, venía más tarde a apoyar y a dar carácter permanente a distensiones de ese género (62).

En segundo lugar, aparte la natural tendencia a dar a las expresiones comprendidas en un sistema de normas, que también superan, por su contenido, los límites del ordenamiento particular, el significado que a estas expresiones viene siendo normalmente atribuido en tal ordenamiento, un motivo posterior de distensión derivaba de la necesidad de aplicar las reglas incondicionalmente impuestas por la voluntad del legislador nacional. Y también, si los ordenamientos estatales dejaban aún, en el sistema positivo

(61) Cfr. el parágrafo 7.

(62) Cfr. a este propósito, además de la nota 46, **Westlake:** Obra citada, página 7 y, por último, **Kahn-Freund:** "The Growth of Internationalism in English Private International Law", Jerusalem, 1960, página 12. Acerca del valor de la regla del stare decisis, cfr. **Barile:** Obra citada, II, página 492.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de las normas directamente formuladas por la voluntad legislativa, un vacío que permitía la aplicación de los referidos sistemas racionales en la materia de Derecho Internacional Privado, este vacío iba restringiéndose, en el sentido de que ya no comprendía toda la materia que formaba el objeto de la teoría de los estatutos, tal como se había venido desenvolviendo en la historia. Así, los problemas que en el pasado, por la más amplia función atribuida a la teoría de los estatutos, venían por ella tomados en consideración, en cuanto que afectaban inmediatamente a los intereses generales de la comunidad particular, eran, ahora, resueltos directamente, y sin la posible aplicación de reglas extranjeras, con normas jurídicas impuestas por la voluntad estatal.

Comienza así a perfilarse el objeto típico de los sistemas de Derecho Internacional Privado moderno: las relaciones en las que es predominante el interés general cesan, normalmente, de ser tomadas en consideración por esos sistemas, mientras que su función se limita, en lo principal si no exclusivamente, a la determinación de las normas dirigidas a regular relaciones consideradas privadas. Debemos, sin embargo, precisar que los caracteres y la amplitud de tales limitaciones no resultan fundadas históricamente sobre concepciones abstractas, sino sobre situaciones concretas, diversas, contingentes, sin sistema, creadas en los ordenamientos estatales, así que, como se verá seguidamente (63), también en nuestros días, determinar abstractamente, a base de la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado, la materia objeto del Derecho Internacional Privado constituye un **non senso** histórico (64).

(63) Cfr. el parágrafo 12.

(64) La perspectiva histórica, realizada en el texto, hace evidentes los motivos de ruptura y de conexión, al propio tiempo, que existen entre el fenómeno del Derecho Internacional Privado, como se presenta en el actual momento histórico y los de la competencia jurisdiccional del Estado y de la eficacia interna de las resoluciones exteriores. Con la ruptura de la unidad del sistema jurídico, que, por otra parte, jamás había sido eficiente con relación a las dos últimas instituciones, se ha originado también la ruptura abierta de la unidad de los fenómenos a que nos referimos. Y mientras no es posible poner en duda la existencia de conexiones fundamentales entre ellos en relación con su matriz histórica común, debe, sin embargo, hacerse notar que una cierta unidad de estructura y de método entre el pasado y el presente se encuentra sólo en el fenómeno internacional privatista stricto sensu entendido, que constituye la esencia de la continuidad de una determinada experiencia jurídica, de la que los demás fenómenos señala-

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Tenemos que agregar que los ordenamientos estatales comenzaban a imponer directamente, también en el campo del Derecho Internacional Privado, normas que tenían siempre la preferencia sobre los principios emanados de los sistemas racionales de que nos ocupamos.

Vinculados a los motivos expuestos hasta ahora, tomaban también consistencia, tanto el problema de las diferentes calificaciones (65), como el de los límites de aplicación de las normas extranjeras determinadas por el orden público internacional de cada ordenamiento soberano (66). Como ya señalamos con anterioridad, estos problemas no se planteaban en una época en la que se presuponía la existencia de un sistema superior y completo de normas al que correspondía, no sólo la labor de regular los

---

dos no son sino los límites y el complemento. Puede, por lo tanto, también comprenderse el motivo por el que, en general, las doctrinas anglosajonas (cfr., entre todos, **Cheshire:** "Private International Law"[5], Oxford, 1957, páginas; 7, 88 y 595) y francesas (cfr., entre varios, **Niboyet:** "Cours de Droit International Privé", París, 1946, páginas 646 y 673; **Batiffol:** "Traité élémentaire de Droit International Privé"[3], París, 1959, páginas 749 y 826), también actuales, que mezclan, en sus tratados, el llamado conflicto de leyes con el de la competencia jurisdiccional y el de la eficacia interna de las resoluciones extranjeras: se trata de coordinar fenómenos diversos que, en cierto sentido, se completan entre sí. Y, por otra parte, el mismo deseo de coordinación mueve a la doctrina francesa (cfr. **Niboyet:** Obra citada, página 67; **Batiffol:** Obra citada, página 60) a interesarse, preliminar y difusamente, también por el fenómeno de la nacionalidad que, verdaderamente, podía afectar al tema sólo en cuanto (cfr. **Capotorti:** "La nazionalità delle società", Napoli, 1953, página 98), se atribuya al Derecho Internacional Privado, con carácter fundamental, principal y autónomo, la función de delimitar (especialmente mediante el criterio de la nacionalidad) la esfera de aplicación del Derecho Interno. Pero sobre la misma función que el Derecho Internacional Privado desarrolla mediante la determinación de la norma interna o extranjera, cfr. más adelante el parágrafo 15.

(65) Cfr., para una primera visión del problema de las diferentes calificaciones, **Kkan:** "Gesetzeskollisionen, Ein Beitrag zur Lehre des Internationalen Privatrechts", en Abhandlugen zun Internationalen Privatrecht, I, München und Leipzig, 1928, en especial página 95 (estudio publicado por vez primera en el Jherings Jahrbücker für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts, XXX, 1891, páginas 1-143); **Bartin:** "De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitive des conflits de lois", en Journal du Droit International Privé, 1897, páginas 225, 466 y 720.

(66) Para una historia de la institución del orden público internacional, también puesta de manifiesto por la doctrina en época relativamente reciente, cfr. **Ago:** Obra citada, página 276, y, más reciente, **Badiali:** "Ordine pubblico e Diritto Estraniero", Milano, 1926, página 4.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

conflictos entre ordenamientos inferiores, sino también la de unificar los principios fundamentales de Derecho en el sentido de determinar unitariamente, mediante reglas propias, las calificaciones de las principales instituciones jurídicas y de poner un límite de orden superior y objetivo, a la derogación que, a los principios fundamentales del ordenamiento común, trataban de imponer algunas normas de los Derechos inferiores.

Cuando comenzó a decaer esta concepción universal del Derecho y los ordenamientos particulares soberanos impusieron, directa o indirectamente, principios autónomos de calificación también para las relaciones privadas, y autónomos principios fundamentales, esos ordenamientos trataron de ejercitar con autonomía aquellas funciones que habían sido antes de la competencia de un orden superior. En ausencia de una calificación unitaria admitida a base de un ordenamiento superior, el hecho de que algunas instituciones —a regular mediante la determinación de las normas competentes—, pudiesen a veces ser objeto de calificaciones diversas en los distintos ordenamientos, hacía a menudo posible una unilateralidad de soluciones en la interpretación de las mismas normas de Derecho Internacional Privado; por otra parte, la preservación de los principios fundamentales en la aplicación de las reglas de conflicto, no se producía ya de una manera general y objetiva desde el punto de vista de un ordenamiento superior, sino de manera relativa y particular, mediante la visión parcial de los ordenamientos soberanos que se basaban en principios fundamentales y con frecuencia sustancialmente diversos.

10.— La transformación del principio de la solución única en el de la solución uniforme, como consecuencia de la lograda soberanía de los ordenamientos estatales.— Podemos, ahora, recoger los resultados del breve **ex cursus** histórico que ha servido para puntualizar las líneas seguidas en el pasado por el fenómeno que estudiamos.

El principio fundamental de Derecho que requiere alcanzar, para cada problema jurídico concreto, una solución única, no podía decirse incondicionalmente cumplido ni en la teoría de los estatutos, ni en las sucesivas vinculadas a ella. En realidad, si estas teorías encontraban su fundamento necesario en un ordena-

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

miento superior y general, que justificaba sus reglas ante todos los ordenamientos particulares, no es menos cierto que, —como se ha advertido a su tiempo— ya, entonces, podían notarse, en determinadas situaciones, los indicios sintomáticos de una teoría de la independencia y de la exclusividad de los ordenamientos jurídicos particulares: teoría que contrasta, evidentemente, con el carácter absoluto y general de los principios formulados por la doctrina estatutaria. Además, no debe olvidarse que también, en los límites en los que esas teorías podían considerarse válidas, el ordenamiento superior que las justificaba penetraba en los ordenamientos particulares no sostenido, generalmente, por una propia organización institucional, tanto que las reglas sobre los estatutos, aunque consideradas de validez general, eran aplicadas normalmente por obra de los órganos de los ordenamientos singulares. Por consiguiente, los elementos de diferenciación entre la concepción de un ordenamiento superior y general, en el que tenían su justificación las teorías estatutarias, y la de un sistema racional y general de reglas de conflictos, aplicado por exclusiva voluntad de los ordenamientos particulares, no eran tales que no pudieran superarse en una evolución histórica a menudo imperceptible y no siempre linealmente notable.

Sin embargo, no puede dudarse de que, con el correr de los siglos y la transformación de las estructuras sociales, el principio de la unicidad de soluciones fuese asumiendo un significado particular. Con la plena independencia de los Estados modernos, ese principio tiende ahora a realizarse —en las relaciones entre ordenamientos independientes— en formas que presentan caracteres sustanciales diferentes de los que servían, y aún sirven, para obtener una solución única de los varios problemas jurídicos en el ámbito de un solo ordenamiento. Esas formas, como vimos antes, presentan graves defectos que podemos denominar de estructura y que, en ciertos límites, pueden considerarse como imposibles de eliminar. En realidad, el problema de la solución de los conflictos entre ordenamientos independientes se resuelve hoy unilateralmente por el ordenamiento estatal en cuyo campo se plantea el problema de la solución de las cuestiones singulares. Esto no quita, sin embargo, que el único fin que los Estados se proponen con la adopción de un sistema de Derecho Internacional Privado perma-

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nece siempre vinculado al universal dictado por el principio de la identidad de las soluciones (67). Este fin ha quedado exactamente patente en el de la uniformidad de regulación de las relaciones jurídicas (68). Este principio de la uniformidad constituye siempre un aspecto particular del otro, más general, que intenta asegurar que cada problema jurídico tenga una única solución, pero considera y tiene en cuenta la circunstancia, ostensible en esa realidad, de que el problema de la identidad sustancial de

---

(67) En relación al dualismo entre forma y sustancia, referido al problema del Derecho Internacional Privado, cfr. **Batiffol:** "Aspects philosophiques du Droit International Privé", París, 1956, página 136: "La coordination des systèmes recherchée par le Droit International Privé fait donc apparaître un double phénomène. Au premier plan se présente l'action d'un pouvoir national qui prend l'iniciative d'organiser, en ce qui le concerne, cette coordination, et dont la loi, par les caractères propres qu'elle revêt aux yeux du juge, manifeste que l'élément impératif parfait la notion de Droit. Mais à l'arrière plan, se révèle, d'une manière qui parait bien inéluctable aussi, une recherche rationnelle témoignat de ce que l'essence du Droit n'implique pas la volonté du pouvoir".

(68) Para una bibliografía sobre la doctrina antigua y la actual que considera el fin de la uniforme regulación como esencial para los sistemas de Derecho Internacional Privado, cfr. **Barile:** "Collegamento (Criteri di)", en la Enciclopedia del Diritto, VII, página 352, nota 8. Hay que concretar que, al señalar la uniformidad de regulación como fin último e insustituible de las normas de Derecho Internacional Privado, no se ha querido excluir el que otros principios puedan servir para interpretar y determinar, en caso de lagunas, reglas sobre el conflicto de leyes. Por ejemplo, el notorio principio de **Savigny**, adoptado con frecuencia por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas de la determinación de la sede real de la relación. Sin embargo, no es posible poner en duda que todos estos principios vayan coordinados al fin esencial de la uniformidad. Si así no fuese, el concepto de justicia, que había de ser aplicado mediante esos otros principios, no sería, en realidad, el relativo a una simple coordinación, específico del Derecho Internacional Privado, sino el de una justicia sustantiva, que se alcanzaría mejor por la aplicación directa de la lex fori. Parece que éste es, también, el pensamiento de **Wengler:** "The General Principles of Private International Law", en Recueil des Cours, citado, 1961, III, página 364: "It has been shown that neither the specific nature of a social relation, not the purpose of a legal rule, nor the quality of the strongest state, nor the respect for the expectation of the parties regarding the applicable law can be relied upon as general principles for the selection of the allocating factor in "all" cases where a relation has connexions with more than one territoy, though the one or the other of these ideas may be behind a single conflict rule. But it apears that there is at least one other guiding principle for "all" conflict cases. It is the idea that a social relation should be allocated by the conflict rules to the law of one state such a manner that uniformity of allocations by all countries is ensured as for as possible",

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

las soluciones se puede resolver, en las relaciones entre esos ordenamientos, solamente en término de uniformidad. En efecto, la falta de un ordenamiento superior impide que la elección entre las reglas a aplicar se produzca en un sistema al cual pertenezcan, también, las normas de todos los ordenamientos particulares, tanto que la solución de cualquier problema jurídico deba realizarse, por lo menos virtualmente, de modo unitario, mediante aplicación directa, por parte de los órganos competentes, de las normas indicadas por dicho ordenamiento superior. Cada ordenamiento independiente, efectivamente, mediante "su" sistema de reglas de conflicto, no puede impedir que otra solución pueda obtenerse en otro ordenamiento estatal, solamente puede aspirar a conseguir una solución uniforme con la de ese otro ordenamiento teniendo presente la esencia de este último. La uniformidad es el principio informador, tanto de la construcción de las modernas reglas de Derecho Internacional Privado como de su interpretación.

11.— Las normas de Derecho Internacional Privado impuestas directamente por los ordenamientos estatales y el principio de solución uniforme.— Estas consideraciones tienen, también, valor con relación a la postrer evolución que, en algunos ordenamientos estatales, entre ellos el italiano, ha tenido el planteamiento y la solución del problema del Derecho Internacional Privado.

Como ofrenda al principio de la certeza del Derecho, desde los tiempos de las primeras codificaciones, algunos ordenamientos colmaron, total o parcialmente, con normas escritas (69), las lagunas de sus sistemas formales que, anteriormente, se habían mantenido con el fin de permitir a los jueces y a los demás intérpretes, la producción, con mayor adhesión a su función universal, de aquellas reglas conflictuales que debían de permitir la

(69) Cfr., para una recopilación de normas escritas de Derecho Internacional Privado, **Meijers:** "Recueil de lois modernes concernant le Droit International Privé", Leiden, 1947. Entre las primeras normas escritas de Derecho Internacional Privado se recuerdan las contenidas en el Código de Napoleón, de 1804, en el Código General austríaco de 1811, en las disposiciones preliminares al Código Civil italiano de 1865, en el Código español de 1888, en la Ley Federal suiza de 25 de junio de 1891 y en el Código suizo de 1912, en la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 18 de Agosto de 1896 y en la Ley Especial japonesa de 15 de Junio de 1898.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

consecución del propósito de la uniformidad. Tales lagunas, repetimos, quedaban colmadas total o parcialmente. Y mientras las normas de Derecho Internacional Privado formalmente establecidas con frecuencia no agotaban todas las hipótesis posibles, otras veces, para una tesis doctrinal predominante al tiempo de las primeras codificaciones, las normas formales en cuestión se proponían sólo el objeto de determinar la esfera de aplicación de las normas internas (70), dejando aún a sistemas dependientes del juez o de otros intérpretes (sistemas que, por otra parte, estaban a veces condicionados por el modo de ser de las reglas unilaterales a que aludimos) (71), la determinación de los casos de aplicación de las normas de ordenamientos extranjeros.

Es evidente que, también en las hipótesis de normas de Derecho Internacional Privado impuestas formalmente (como, por supuesto, en los otros casos, ya considerados, de reglas no escritas petrificadas en los precedentes), el principio de la uniforme regulación, que siempre ha inspirado la construcción de dichas normas, servirá para la interpretación de esas reglas.

Naturalmente, la característica de mayor rigidez impide su adaptación al fin que es, en cambio, más fácil en sistemas de normas no escritas, pero la estructura de estas reglas no debe permitir el olvido de la imprescindible función institucional que las normas de Derecho Internacional Privado —incluso las emanadas de la voluntad legislativa— han tenido siempre y continúan teniendo. Aparte de su mayor rigidez en la interpretación, se puede repetir, en relación con ellas, el razonamiento antes desenvuelto a propósito de los sistemas de reglas de origen doctrinal que, con espíritu universal, se venían y vienen aplicando aún en algunos

---

(70) Cfr., para tales doctrinas, **Quadri:** Obra citada, página 63. En particular, página 66, cfr. los autores que han influido más en la formulación «unilateral» de la mayor parte de las normas contenidas en la Ley de Introducción al Código Civil alemán.

(71) Cfr., con relación a la integración de las unvollkommenen, eiseitigen Kollisionsnormen, previstas por la citada Ley de Introducción al Código Civil alemán, **Wolff:** "Das Internationale Privatrecht Deutschlands"[3] Berlín, Göttingen, Heildelberg, 1954, página 35: "Daher hat eine feste Praxis, die zu einem unbezweifelten Gewohnheitsrecht geführt hat, die Lücken, die sich in den Kollisionsnormen mit Fallgeführt hat, die Lücken, die sich in den Kollisionsnormen finden, durch Analogie gefüllt und domit jene Normen zu (unbeschränkt) vollkommenen ausgebaut"

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ordenamientos estatales. Este espíritu alcanza también a las normas formales de Derecho Internacional Privado, en cuanto es aquel que inspira a los propios legisladores nacionales cuando las han formulado. El fin de la uniformidad de regulación significa, por tanto, la verdadera razón de ser, siempre inmanente al de la elección política del legislador, que no se excluye que pueda condicionarlo o limitarlo. Por eso, tanto la integración, como la interpretación de dichos sistemas formales de reglas de Derecho Internacional Privado, como las de los sistemas no escritos, continúa influida, en cada momento, por las funciones que las referidas normas han tenido en el pasado y conservan todavía en el presente.

12.— La función histórica del Derecho Internacional Privado como principio de determinación e interpretación de tal Derecho. Autonomía de su esfera de aplicación: Derecho Público y orden público internacional; lagunas de valoración y de colisión: en particular, el problema de la cuestión preliminar.— A la luz de la mencionada función histórica es, ahora, posible señalar los principios fundamentales que deben presidir la construcción, la interpretación y la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado. Y, naturalmente, esos principios serán señalados con relación al sistema de Derecho Internacional Privado que el legislador italiano ha establecido en sus reglas escritas, con la advertencia de que los principios que vamos a exponer —deducidos de la función histórica del fenómeno internacional privatista, que es común y esencial, como se ha expuesto, a todas las experiencias históricas— valen para todos los sistemas de Derecho Internacional Privado, y todavía más —y con mayor razón— para los de Derecho no escrito, aplicados por varios Estados.

El principio de carácter preeminente, que está, a juicio nuestro, a la cabeza de todos los problemas interpretativos de Derecho Internacional Privado, es resultado de la comprobación, realizada con frecuencia, de que un sistema de Derecho Internacional Privado, aunque sea establecido en un particular ordenamiento estatal, en relación con el fin universal en orden al cual ha sido, espontáneamente, establecido o creado por voluntad legislativa, no entra, a fines de interpretación, en el esquema lógico constituido por las normas internas de tal ordenamiento particular.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Efectivamente, las reglas de Derecho Inrtenacional Privadc tienen una función distinta e independiente de las demás normas internas. El propósito de la uniformidad en el que se concreta la referida función, constituye, no nos cansamos de repetirlo, la única justificación lógico-histórica de dichas normas. Por lo tanto, cualquier interpretación de las mismas, dentro de los límites permitidos por la rigidez más o menos pronunciada de las reglas vigentes, debe corresponder a las necesidades dictadas por ese fin. Y la premisa fundamental a la que han de responder esos medios interpretativos está constituida. precisamente, por la lógica independencia concedida al sistema de normas de Derecho Internacional Privado en relación al de las otras normas pertenecientes al mismo ordenamiento (72). Este último sistema de normas, junto a los de los demás ordenamientos estatales, constituye exclusivamente el objeto sobre el cual opera, desde arriba, para conseguir su fin de uniformidad, el complejo de las normas de Derecho Internacional Privado, realizado en un determinado ordenamiento estatal (73).

Esta independencia conduce, antes de nada, a la formulación de un corolario también fundamental: el de la independencia de las normas de Derecho Internacional Privado en la determinación de su campo de aplicación. Y este corolario sugiere los criterios a adoptar en la solución de algunos de los problemas más discutidos de la materia.

Así, el principio referido quita consistencia a la tesis conforme a la cual el Derecho Internacional Privado no se refiere **a priori** a las instituciones que en el ordenamiento jurídico a que pertenece son reguladas por normas de carácter público (74). Aparte de la

(72) Con relación a la independencia de los principios que regulan el Derecho Internacional Privado de los principios generales del sistema de Derecho Sustantivo, cfr. **Pacchioni:** "Elementi di Diritto Internationale Privato", Padova, 1931, página 128: "...il ricorso ai principi generali della legislazione interna di singolo stato ben poco protebbe servire al giudice per risolvere casi di natura internazionale. E ciò per la semplice ma decisiva considerazione, che il complesso delle leggi interne è determinato da considerazioni, ed è inteso a dare soddisfazione a bisogni, puramente interni, mentre invece internazionali, o quanto meno non di carattere esclusivamente interno, sono le exigenze cui danno soddisfazione le norme tutte di Diritto Internazionale Privato".

(73) Cfr., en sentido análogo, **Quadri:** Obra citada, página 250.

(74) Cfr., para esas teorías y para su crítica, **Badiali:** Obra citada, página 99.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dificultad de señalar, en el propio ordenamiento material del Estado, una línea neta de separación entre Derecho Público y Derecho Privado, hay que tener presente que el procedimiento de determinación de las instituciones sometidas a regulación internacional-privatista, sigue una vía independiente de la requerida por la distinción en cuestión, que actúa en el campo del sistema interno material. Es posible y probable que el principio que, dentro de un ordenamiento estatal, regula con normas valoradas como públicas, determinadas instituciones, actúa, también en materia de normas de Derecho Internacional Privado, en el sentido de excluir a las mismas instituciones de la esfera de aplicación de dichas normas. Pero, constituiría un error de razonamiento el creer en sentido absoluto que las reglas de Derecho Internacional Privado no regulan **a priori** aquellas relaciones consideradas de Derecho Público por el ordenamiento material de la **lex fori**.

Supuesta la tantas veces comprobada posición de independencia del sistema de normas de Derecho Internacional Privado del Derecho material de un determinado ordenamiento —independencia que, conviene recordarlo, es, a su vez, inmanente a la función histórica del fenómeno internacional-privatista—, la exclusión de la regulación de las normas de conflicto de determinadas materias debe disponerse por esas mismas reglas, aunque, repetimos, el motivo de esa exclusión puede ser, en muchos casos, precisamente lo que ha servido sustancialmente para justificar la relación publicista.

La cuestión ha sido ya examinada anteriormente, desde el punto de vista histórico (75). El problema de la unidad de las soluciones se planteaba, en la época de los estatutos, en términos que, al menos en sus tendencias, podían considerarse generales. Pero, también, cuando, superado el mito de la pertenencia a un sistema superior de todos los ordenamientos particulares, los Estados pretenden la exclusiva en la regulación de los intereses esenciales de la comunidad independiente de la que formaban la superestructura, muchas veces atenuaron ese juicio de sustantividad propio a favor del principio de la uniformidad de regulación: siguieron permitiendo que, como en el pasado, en la regulación pre-

(75) Cfr. parágrafo 9.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

vista en su sistema de Derecho Internacional Privado, quedasen comprendidas también algunas regulaciones consideradas como públicas por su sistema material.

A nuestro parecer, un razonamiento análogo sirve para demostrar la independencia del concepto de orden público internacional, propio del Derecho Internacional Privado, de los conceptos de Derecho Público y de orden público, que constituyen categorías jurídicas relativas al sistema jurídico material del Estado. Hemos visto que el Derecho Internacional Privado actúa con independencia al determinar su esfera de aplicación. Esta autodeterminación se concreta de un modo preciso por obra del orden público internacional, integrado por los principios fundamentales del mismo ordenamiento estatal, considerados por el sistema mismo de Derecho Internacional Privado como límites a su aplicación concreta.

En conclusión, es el propio Derecho Internacional Privado el que determina su esfera de aplicación. Esa determinación se realiza, en abstracto, con la misma creación de las normas escritas, o la propia determinación de las normas no escritas, o, más concretamente, por parte del juez o de otro intérprete, teniendo en consideración el caso específico y la manera de incidir en los principios fundamentales. La dificultad de fijar, de modo abstracto y preliminar, sin tener presente la variedad infinita de la realidad, el límite del orden público internacional que, además, debe tener carácter excepcional para que las normas de Derecho Internacional Privado puedan realizar su cometido en el mayor número de casos posible, justifican, en esta hipótesis, la valoración confiada al juez, o a otro intérprete, de los motivos de la importancia, para el caso concreto, de los principios fundamentales, o de su falta de importancia para el referido supuesto (76).

Por ello, en ambos casos, cuando se trata de la determinación de las normas abstractas o de manifestación de las normas concretas de Derecho Internacional Privado, resulta evidente, por cuanto hemos dicho, la independencia del sistema internacional-privatista de los conceptos de Derecho Público y de orden público in-

(76) Para la doctrina del orden público internacional véanse **Ago:** Obra citada, página 276; **Quadri:** Obra citada, página 277; **Badiali:** Obra citada, página 71.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

terno. La confusión en que se incurre con frecuencia se explica por la posibilidad de que, en muchos casos, los motivos de exclusión del sistema de Derecho Internacional Privado de determinadas instituciones pueden ser los mismos que han justificado en Derecho Sustantivo, su regulación pública o de orden público. Pero esta circunstancia sería erróneamente valorada si de ella quisiera deducirse que el carácter público o de orden público de una cierta regulación jurídica, lleve consigo, sin más, como consecuencia directa, la inaplicabilidad al supuesto previsto de las normas de Derecho Internacional Privado. La independencia conceptual del Derecho Internacional Privado, deducida de su función histórica, impide tal vinculación, que presupondría una inexistente unidad lógico-sistemática entre el Derecho Internacional Privado y el Derecho material, también pertenecientes al mismo ordenamiento.

La independencia lógico-sistemática del Derecho Internacional Privado del Derecho material del Estado, motivada por la función histórica que, institucionalmente, ha caracterizado siempre a cualquier sistema internacional privatista, incide directamente, también, sobre la solución que ha de darse al problema de las lagunas en el ámbito de este sistema.

Como es fácil deducir de las precedentes páginas, tanto en las hipótesis de que el legislador nacional haya construido e impuesto directamente, mediante procedimientos formales, normas escritas, como en el supuesto de que todo el sistema internacional-privatista resulte espontáneamente manifiesto en el vacío creado de propósito en el Derecho escrito de un determinado ordenamiento estatal, el problema que tratamos presenta una evidente importancia (77). En todos los casos de lagunas corresponde al juez, o a cualquiera otro intérprete, el colmarlas mediante el descubrimiento de nuevas reglas de Derecho Internacional Privado que puedan deducirse del principio fundamental de la uniformidad de regulación jurídica

(77) En general, sobre lo incompleto de los sistemas de Derecho Internacional Privado, cfr. **Arminjon:** "L'objet et la méthode du Droit International Privé", en Recueil des Cours, citado, 1928, I, página 445; **Wolff:** Obra citada, página 33; **Graveson:** "The Conflict of Laws", London, 1960, páginas 4 y 10.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

(78). Para esclarecer lo expuesto, hay que subrayar, primero, que estas lagunas no podrían ser colmadas por normas deducidas del ordenamiento material de la **lex fori**, por entender que, sin más, deberían aplicarse, en tal supuesto, las normas de dicho ordenamiento que regulan directamente las instituciones que son objeto de la laguna internacional-privatista; después, que, al determinar las reglas no existentes en el sistema de Derecho Internacional Privado, se tendrá ante todo en cuenta el principio informador de la uniformidad de regulación, principio que ha de prevalecer, también, sobre los otros deducibles de otras reglas de Derecho Internacional Privado, extensibles, eventualmente, por procedimientos analógicos.

Si se quiere descender a una mayor especificación, dentro de los límites que aquí son posibles, se debe recordar que la hipótesis de una laguna podría producirse, tanto cuando ninguna categoría jurídica considerada por una norma de Derecho Internacional prevea un determinado supuesto —laguna de valoración—, como cuan-

(78) No es, por lo tanto, aceptable la solución que al problema de las lagunas daba **Waechter:** "Ueber die Kollision der Privatrechtgesetze verschiedener Staaten", en Arch. Civ. Prax., 1841, página 261: "Wenn der Richter, wie anerkannt ist, bei der Entscheidung der vorliegenden Fragen überhaupt zunächst an den Inhalt der Gesetze (de Derecho Internacional Privado) seines Staates gewiesen ist: so folgt notwendig, das wenn sonst allgemeine ausdrückliche Entscheidung vorliegt, er die Entscheidung zunächts im Sinne und Geiste derjenigen besonderen, in seinem Lande geltenden Gesetze, welche das vor ihn gebrachte Verhältnias an sich zum Gegenstand haben, suchen mus". Colmar las lagunas mediante principios de Derecho Internacional Privado derivados de las normas sustantivas internas carece de sentido y constituye una de las primeras consecuencias del formalismo dogmático.

Naturalmente, una integración de los sistemas internos de Derecho Internacional Privado no podría alcanzarse, ni fundada en los principios «subsidiarios» que **Zitelmann** ("Internationales Privatrecht", I, München und Leipzig, 1914, en especial página 75) deduce, por medio de la ciencia, en el Derecho Internacional, ni a base de los axiomas a priori de **Frankenstein** ("Internationales Privatrecht", I, Berlin und Grünewald, 1926, página 34, especialmente), aunque no se puede excluir que alguna de las «soluciones racionales» de los dos autores puedan, talvez, en concreto, realizar el fin de la uniformidad. Se comprende, en cambio, precisamente en función del fin de la uniformidad, la tendencia de la jurisprudencia alemana, en materia de la integración de las lagunas, expuestas por **Melchior:** "Die Grundlagen des Deutschen Internationalen Privatrechts", Berlin und Leipzig, 1932, página 37: "Das Reichsgerit hat gelegentlich ausgesprochen, das ein allgemein anerfannter Satz des Internationalen Privatrechts auch in Deutschland gilt".

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

do el complicado juego de la determinación y aplicación de normas de ese género a un caso concreto, lleve a la imposibilidad de una solución unívoca (laguna de colisión) (79). En ambos supuestos, a nuestro parecer, el fin histórico del Derecho Internacional Privado indica el camino a seguir. En el caso de laguna de valoración podrá también usarse el método de la extensión analógica de las categorías jurídicas ya contempladas por las normas de Derecho Internacional Privado, con objeto de comprender en una de ellas el nuevo supuesto; pero, cuando la uniformidad de regulación jurídica pueda ser alcanzada mejor mediante una regla nueva, no deducida de las precedentes, es ésta la que debe ser aplicada.

Esta conclusión parece hallarse respaldada, no sólo por el objeto esencial del Derecho Internacional Privado, sino también por el modo en que, históricamente, se ha constituido en muchos ordenamientos jurídicos el sistema de normas que le integra. Como hemos visto, se trata de sistemas que se han venido creando según las exigencias de la realidad y teniendo en cuenta el fin de tendencia universal que las normas que debían componerle se proponían. Ahora, estimamos que de tales consideraciones históricas puede deducirse una regla general y que la preexistencia de algunas normas sobre otras en vía de formación no debe prejuzgar el alcanzar los fines que también estas últimas deben perseguir (80), de modo que éstas, permaneciendo coordinadas al sistema a que pertenecen, son establecidas de manera que el objeto que justificaba su propia existencia sea alcanzado, en cuanto sea posible. Por este motivo se ha precisado que la extensión analógica de las normas existentes puede ser aplicada al fin de regular nuevas relaciones solamente dentro de los límites en que sea compatible con el principio informador de la uniformidad. Y esta con-

(79) Cfr., en general sobre las lagunas de valoración y de colisión, **Barile:** "La rilevazione e l'integrazione del Diritto Internazionale non scritto e la libertà di apprezzamento del giudice", en Comunicazioni e studi dell'Istituto di Diritto Internazionale e Straniero dell'Università di Milano, V, Milano, 1953, página 215.

(80) Cfr., en análogo sentido, **Warthon:** Obra citada, página 4: "The fact that there is no precedent the old books for any particular rule or Private International Law which it is necessary to invoke in order to do justice is no reason why such rule should not be applied".

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sideración es válida no sólo en la hipótesis de que el Derecho Internacional Privado de un determinado ordenamiento estatal esté constituido preponderantemente por normas no escritas, sino en los casos en que, como en el ordenamiento italiano, esté integrado por normas formalmente impuestas por el legislador. También, en este último caso, dado que el fin de la unidad de regulación es determinante para el propio legislador, cual justificación de la regla en cuestión, el establecimiento de nuevas normas está realizado con el método que hemos descrito.

En cuanto a la segunda hipótesis, constituida por las lagunas de colisión, el propósito de la uniformidad actuará siempre a los fines de la elección entre la posibilidad contradictoria que, por falta de coordinación de las normas interesadas, se presentan en orden a la regulación de un cierto supuesto. Cuando la falta de coordinación deriva de la imposibilidad de llevar a cabo una elección entre la esfera de aplicación de normas distintas, en cuanto en ese supuesto, podrían considerarse en abstracto competentes otras normas de Derecho Internacional Privado; o cuando la ausencia de coordinación sea consecuencia de la aplicación de criterios de vinculación que reclaman contemporáneamente, para regular un mismo caso, normas de distintos ordenamientos; o cuando, por fin, tales colisiones se concreten en una falta de armonía entre regulaciones sustantivas, realizadas por varios ordenamientos reclamados de casos conexos entre sí, en todos estos casos el intérprete tiene el deber de superar la laguna, teniendo en cuenta, principalmente, el principio informador de cada sistema de Derecho Internacional Privado, que se concreta en el fin de la uniformidad de regulación jurídica (81).

Y nos parece que también el problema de la regulación iusinternacionalista de las llamadas cuestiones previas considera siempre la hipótesis de las lagunas de colisión (82). En efecto, también este problema se refiere al caso de que, entre las categorías ju-

(81) Cfr., para un tipo de laguna de colisión, **Barile:** "Collegamento", citado, parágrafo 5.

(82) Véanse, para una bibliografía sobre el problema de la cuestión «preliminar» en Derecho Internacional Privado, **Badiali:** Obra citada, página 203, en nota, y **Ago:** "Convenzione dell'Aja sul matrimonio e questioni pregiudiziali in una recente sentenza", en Rivista di Diritto Internazionale, 1963, página 11, en nota.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rídicas consideradas por normas diversas de Derecho Internacional Privado, se comprueba una superposición de competencias. Las normas materiales de un ordenamiento jurídico que, por remisión del Derecho Internacional Privado, sean llamadas a regular una determinada relación, pueden considerar como formando parte de ese supuesto hechos que tienen la particular característica de constituir situaciones jurídicas. Pensemos, por ejemplo, en la norma que confiere a los "hijos legítimos" una determinada situación en la sucesión hereditaria de bienes. La cualidad de "hijos legítimos" constituye precisamente parte del supuesto de la norma sobre la sucesión hereditaria. No puede dudarse de que tal norma considera esa parte de su propio supuesto según el significado que, directa o indirectamente, le atribuye el ordenamiento a que pertenece. Por otra parte, es posible que, por las normas de Derecho Internacional Privado de la **lex fori**, la existencia de la situación jurídica preliminar en el ejemplo la cualidad de hijo legítimo, deba ser determinada mediante un ordenamiento diferente al que resulta competente para regular el supuesto principal. En el caso que examinamos hay, pues, una colisión entre la norma de Derecho Internacional Privado que regula el supuesto principal y la regla de Derecho Internacional Privado que sería competente para regular el supuesto subordinado. Parece que esta colisión está resuelta a favor del ordenamiento que regula el supuesto principal, en cuanto que, evidentemente, el fin de la uniformidad queda logrado solamente si las situaciones jurídicas previstas como partes del supuesto por las normas que regulan la situación principal, sean, efectivamente, las por esas normas consideradas, directa o indirectamente, y no otras, determinadas en virtud de otras normas de Derecho Internacional Privado de la **lex fori** (83).

---

(83) Véase, así, **Wengler:** "Die Vorfrage in Kollisionsrecht", en Zeitschrift für auländisches und Internationales Privatrecht, 1934, página 207: "Ist auf die Hauptfrage eine auländisches Sachrorm anwendbar, so ist die Rechtsordnung, der diese Sachnorm angehört, dafür massgebend, wie der Inhalt eines präjudiziellen Begriffs in jener Sachnorm aus Einzelinhalten die den werschiedenen nationalen Rechtsordnungen entnommen werden, zusammengesetz sein soll".

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

13.— Independencia del sistema de Derecho Internacional Privado y soluciones de los problemas de las calificaciones, de los puntos de conexión, del reenvío de la "lex causae" a otras leyes y del reenvío a ordenamientos plurilegislativos.— Pero el concepto, deducido de la historia, de la independencia lógida del sistema de Derecho Internacional Privado del de Derecho material vigente en un ordenamiento estatal, lleva, a nuestro juicio, a consecuencias decisivas en cuanto a los fines de la solución de todos los demás problemas principales relativos a la interpretación de las reglas de Derecho Internacional Privado.

En este punto no podemos hacer otra cosa que aludir a esos problemas ulteriores, pero es evidente que la cuestión de las calificaciones que afecta a la determinación de la norma de Derecho Internacional Privado competente y la cuestión de la concreción de las circunstancias que funcionan como puntos de conexión —que son las dos esenciales establecidas por la doctrina moderna— encuentran una indicación clara, para su mejor solución, en el principio de independencia caracterizado por el fin de uniformidad, que informa todo sistema de Derecho Internacional Privado.

En cuanto al problema de las calificaciones, se puede recordar alguna de las consideraciones desenvueltas al examinar el de las lagunas. En realidad, en la hipótesis de que no resulte evidente el significado de la categoría abstracta contemplada por una regla de Derecho Internacional Privado en lo referente a las normas reclamadas que son objeto de su regulación (84), no estaría justificado, al objeto de determinar dicho significado, el recurrir, sin más, a las normas de Derecho material de la **lex fori**, mas, como en las demás hipótesis de lagunas y por los mismos motivos, esa determinación, dada la independencia del sistema de Derecho Internacional Privado respecto al Derecho material, va, sobre todo, a ser lograda teniendo en cuenta los fines de uniformidad. Dejando para otra ocasión las muchas soluciones que pueden darse

---

(84) Para la teoría que considera la norma aplicable como el verdadero objeto de las reglas de Derecho Internacional Privado, véanse: **Batiffol:** "Aspects philosophiques", citado, página 57; **Ziccardi:** "Introduzione critica al Diritto Internazionale", I, Diritto Internazionale Privato, Milano, 1956, página 27, en especial, la página 41; **Quadri:** Obra citada, página 250.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

al problema así planteado (85), con amplio criterio puede decirse que, siempre dentro de los límites de la indicación general señalada por la norma de Derecho Internacional Privado, su interpretación, en lo relativo a su esfera de aplicación, es determinada autónomamente (86), fundados en las exigencias de ese propósito de uniformidad de regulación jurídica. Con esas premisas, resulta evidente que, según las exigencias del caso, el método de determinación, integración e interpretación de una categoría jurídica considerada por una norma de Derecho Internacional Privado puede ser el más variado y no se excluye el que la integración interpretativa pueda conseguirse también según conceptos deducidos haciendo uso del método histórico-comparativo.

Consideraciones análogas podríamos hacer teniendo en cuenta el significado atribuible a los puntos de conexión previstos por las reglas de Derecho Internacional Privado.

Queda por recordar que los problemas a los que ahora hemos aludido, relativos a la determinación de la esfera de aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado, son diferentes de los que conciernen a señalar concretamente los puntos de conexión y los hechos a regular. En opinión nuestra, tales hechos y circunstancias de conexión no pueden ser, en cada fase de la interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado, más que las efectivamente previstas por la **lex causae**, que constituye el objeto directo de las reglas de Derecho Internacional Privado. Y esto, siempre en aplicación del fin de uniformidad de regulación jurídica (87).

No es posible, pues, ni siquiera dudar de que, siempre en orden al fin de la uniformidad, se resuelven, tanto el problema de

---

(85) Cfr., para este problema: "Qualificazione (Diritto Internazionale Privato"), en la Enciclopedia del Diritto.

(86) En relación con la autonomía conceptual de las categorías empleadas por las normas de Derecho Internacional Privado respecto a las categorías deducidas del Derecho Interno Sustantivo, cfr. **Rigaux:** "La théorie des qualifications en Droit International Privé", París, 1956, página 495; **Quadri:** Obra citada, página 252; **Conforti:** "L'esecuzione delle obligazioni nel Diritto Internazionale Privato", Napoli, 1962, página 152, nota.

(87) **Barile:** "Collegamento", citado, parágrafo 4.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

los límites del reenvío realizado por la **lex causae** a otra ley (88) —naturalmente, en los casos en que la **lex fori** (cfr. el artículo 30 de las disposiciones italianas sobre la ley en general) no contenga una prohibición absoluta de tener en cuenta tal reenvío—, cuanto el reenvío de una norma de Derecho Internacional Privado a un ordenamiento plurilegislativo (89).

Parece, en conclusión, demostrado que todos los problemas de determinación, integración e interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado se centran en el principio de independencia del sistema internacional-privatista del Derecho material de un ordenamiento estatal; principio de independencia que, a su vez, encuentra su razón de ser en el de la uniformidad de regulación,

---

(88) Con referencia a la doctrina y a la jurisprudencia que acepta el «reenvío» a otra ley en los límites en que es posible alcanzar el fin de uniformidad específico de las normas de Derecho Internacional Privado, véase **Barile:** "Collegamento", citado, página 352, nota 8.

(89) El problema del reenvío en los ordenamientos plurilegislativos puede verse en **Barile:** "Collegamento", citado, parágrafo 6.
También, cuando se presenta la cuestión de la sucesión de normas en el tiempo, en materia de Derecho Internacional Privado, el principio deducido de la función de la uniformidad (entendida en su valor bidimensional, en el espacio y en el tiempo: cfr. **Barile:** "Collegamento", citado, parágrafo 7) indica la solución del problema que se plantea cuando surja la sucesión de dos normas de Derecho Internacional Privado que, para la misma categoría de relaciones, reenvíen a ordenamientos distintos. A la pregunta de si relaciones de este tipo, en vía de formación o ya constituidas en la época de la vigencia de la norma que ha sido después sustituida, deben ser reguladas, total o parcialmente, por la regla señalada por aquélla, o al contrario y por qué aspectos por la otra norma determinada por la nueva regla de Derecho Internacional Privado, se debe responder caso por caso, teniendo en cuenta el principio de la uniformidad y no, como afirma la doctrina que parte de una perspectiva formalística (cfr., entre otros, **Ago:** "Teoría", citado página 183) con relación a los mismos criterios que regulan la sucesión en el tiempo en el ámbito de las normas de Derecho material de la lex fori.
El mismo principio de uniformidad sirve para resolver fácilmente otro problema de Derecho Intertemporal relativo al cambio de las normas en el ordenamiento declarado aplicable por las reglas de Derecho Internacional Privado. Su solución depende de las normas de Derecho Intertemporal vigentes en el ordenamiento declarado aplicable.
El caso de las normas de Derecho Internacional Privado que adoptan puntos de conexión «variables», que, en momentos diferentes resultan idóneas para señalar distintos ordenamientos como competentes para regular una relación determinada, por causa de la variación de la circunstancia adoptada como punto de conexión, ha sido ya considerado y resuelto, de acuerdo con el principio de uniformidad, en otro lugar. Véase **Barile:** "Collegamento", citado, parágrafo 7.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que constituye la función determinante de todo sistema de solución de los llamados conflictos de leyes.

14.— Función única y función doble de las normas de Derecho Internacional Privado: la duplicidad de las funciones formales deducida de la unicidad de la función sustantiva.— Como se hizo notar al iniciar este estudio, se ha querido evitar el encuadramiento del problema de la función de las normas de Derecho Internacional Privado desde el punto de vista formal de la naturaleza de los reenvíos que efectúa el ordenamiento constituido por la **lex fori**. Esta duplicidad deforma cualquier interpretación de esas normas, sujetando a las exigencias formales, deducidas apriorísticamente, las exigencias sustanciales que justifican la propia existencia de dichas normas.

Estas consideraciones nos llevan, naturalmente, a excluir que puedan, también, plantearse cuestiones eminentemente formales de Derecho Internacional Privado, pero esas cuestiones se resuelven a la luz de la función histórica de este Derecho y no a la inversa.

Es de tipo formal, por ejemplo, el problema de si el Derecho Internacional Privado tenga sólo la función de determinar la esfera de aplicación de las normas sustantivas internas (90), o exclusivamente el cometido de reenviar al Derecho Extranjero (91), o si realiza ambas funciones (92). Naturalmente, todo depende del

---

(90) Una síntesis y la crítica de esta doctrina puede verse en **Ago:** "Teoría", citado, página 75. Una resuelta afirmación de la tesis de la función unilateral del Derecho Internacional Privado, al que correspondería solamente la tarea de delimitar «la esfera de aplicación del Derecho Material Nacional», cfr. **Quadri:** Obra citada, página 177, y, en la 207, las diferencias esenciales entre la teoría unilateral tradicional y la tesis del autor.

(91) Cfr., entre otros, en tal sentido, **Ago:** "Teoría", citado, página 96; **Morelli:** "Elementi di Diritto Internazionale Privato", Napoli, 1962, página 1.

(92) Cfr., entre otros, **Perassi:** "Su l'estensione del Diritto Internazionale Privato italiano alle nuove provincie", en Rivista di Diritto Internazionale, 1926, página 518.
Capotorti (Obra citada, páginas 48, 75 y 98) ha adoptado distinta posición, al atribuir al Derecho Internacional Privado sea la función «delimitativa» del ordenamiento jurídico nacional en conjunto, que tendría, por tanto, un carácter de "preliminarità logica e positiva", sea aquella otra de atribuir a los órganos competentes la labor de dar "concreto vigore a valutazioni le quali, fuori dell'àmbito dell'organizzazione statuale atraverso cui sono state poste, pur senza perdere la loro natura di valutazione giuridiche, appaiono, tuttavia, prive dell'originario generale coefficiente di vigore". Pero en esta diversidad de fines for-

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

modo en que una regla se ha venido construyendo (93), pero, si se mira a la función histórica del Derecho Internacional Privado, no hay duda de que la duplicidad de la función formal se origina precisamente de la unicidad de su función sustantiva. Es evidente, en efecto, que los reenvíos al Derecho Nacional o al Derecho Extranjero constituyen los dos medios que sirven para alcanzar el fin unitario de la uniformidad de regulación jurídica. Pero, esta conclusión resulta evidentemente terminante contra la teoría que limita el objeto del Derecho Internacional Privado a la determinación de la esfera de aplicación de las normas sustantivas internas. Nos parece, sin embargo, que tampoco la teoría que atribuye al Derecho Internacional Privado la sola función de señalar el Derecho Extranjero aplicable —en cuanto el Derecho Interno Sustantivo, como derecho general se aplicaría sin necesidad de indicación positiva alguna en todos los casos en que no sean aplicables las normas deducidas de otros ordenamientos— parece haber centrado los términos del problema (94). El carácter de derecho general atribuido al ordenamiento material de la **lex fori** no tiene, como elemento de contraposición, el Derecho Extranjero requerido, sino el sistema mismo de la norma de Derecho Internacional Privado. Esta consideración no deja de tener consecuencias. En el ámbito del sistema del Derecho Internacional Privado las relaciones entre ordenamiento interno material y ordenamientos extranjeros reflejan una posición de paridad. No puede decirse, en modo alguno, que el primero constituya derecho general respecto a los segundos, o viceversa. El fin de la uniformidad, en el ámbito del sistema, equipara el Derecho Interno al Derecho Extranjero, de forma que, como ya se ha visto, todos los problemas referentes a la determinación, integración, interpretación y aplicación del Derecho Internacional Privado quedan resueltos según las exigencias del propio fin, prescindiendo de toda preferencia por uno de los de-

---

males nos parece que queda postergada, si no olvidada, la función de coordinación sustantiva entre ordenamientos, que el Derecho Internacional Privado realiza tanto cuando declara aplicable el Derecho Interno, como cuando lo hace con el Derecho Extranjero.

(93) Cfr., sin embargo, la nota 71 sobre la integración, en el sentido de la bilateralidad, de las normas «unilaterales» contenidas en la Ley de Introducción al Código Civil alemán.

(94) Véanse, para esa doctrina, los autores citados en la nota 91.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

rechos requeridos, estén constituidos por la **lex fori** o por un Derecho Extranjero. Sólo en la hipótesis de que el sistema de Derecho Internacional Privado no pueda funcionar de ningún modo en su conjunto, el Derecho material del Estado se mostrará, al confrontarse con ese sistema, y sólo en sus relaciones, con su carácter de Derecho general.

15.— El Derecho Extranjero requerido por las normas de Derecho Internacional Privado aplicado como Derecho Natural no encuadrado formalmente.— De modo análogo, las anteriores consideraciones sobre la formación histórica del Derecho Internacional Privado parecen privar de gran parte de su importancia al problema formal del modo en que las reglas extranjeras requeridas por una norma de ese Derecho, encuentran aplicación en el ámbito del ordenamiento nacional (95). En último análisis, no es dudoso que el Derecho Extranjero tiene vigencia por la voluntad tácita o expresa de la **lex fori**, pero las teorías demasiado rígidamente formales adoptadas para este supuesto no parecen haber contribuido de modo positivo a la determinación del fenómeno internacional-privatista. Y esta consideración vale para las tres doctrinas fundamentales formuladas al respecto. Así, la teoría del reenvío formal, si rígidamente interpretada como modo de aplicación del Derecho Extranjero en cuanto situación de hecho (96), resiste a explicar

---

(95) Para la exposición y crítica de la doctrina de los derechos adquiridos en el extranjero, tanto en la concepción angloamericana (cfr., entre otros, **Dicey:** Obra citada, página 19), como en la francesa (cfr., especialmente, **Pillet:** "Principes de Droit International Privé", en Recueil des Cours, citado, 1925, III, página 499) véanse las límpidas páginas de **Quadri** (Obra citada, página 103). Solamente queremos hacer notar que, no obstante lo insostenible de dichas concepciones desde el punto de vista técnico-jurídico, se encuentra en ellas una tendencia pragmatista a tener en cuenta la verdadera función sustantiva de coordinación del Derecho Internacional Privado, que no es posible encontrar, por el contrario, en las otras doctrinas formales que serán criticadas seguidamente.
Una exposición clara de la escuela americana de Derecho Internacional Privado en **Vigny:** "Essai sur le Droit International Privé américain", París, 1932, página 44, en particular.

(96) Para un concepto del reenvío formal que, rectamente, no puede extenderse al reenvío realizado por las reglas de Derecho Internacional Privado, cfr. **Perassi:** "Lezioni di Diritto Internazionale", II. Introduzione al Diritto Internazionale Privato, Padova, 1950, página 53. En cuanto a la teoría internacional privatista, que considerando el Derecho Extranjero como un hecho, justificaría la tesis de la jurisprudencia fran-

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el carácter de verdadera y propia valoración nacional que, seguramente, tienen las reglas extranjeras aplicables, así como el de las garantías que, en cuanto tales, deben reservárselas en el ordenamiento de la **lex fori**. La doctrina del reenvío recepticio o en blanco, puesto que concede a las mismas reglas de Derecho Internacional Privado el contenido de las reglas extranjeras requeridas (97), acentúa, como ya se ha hecho notar muchas veces, aquella absurda dependencia de la interpretación de las normas extranjeras por el sistema de Derecho material de la **lex fori** que, como hemos visto, es absolutamente contraria a la función histórica del Derecho Internacional Privado.

Pero, también la tercera teoría, que atribuye a las normas de Derecho Internacional Privado el carácter de reglas sobre la producción jurídica, en el sentido de que determinarían, mediante reenvío, la producción en el ordenamiento de la **lex fori**, de normas análogas a las normas extranjeras requeridas, se enfrenta con las exigencias dictadas por la función que justifica la propia existencia de las normas de Derecho Internacional Privado (98).

En primer lugar, tenemos que considerar que esta doctrina lleva a cabo una separación no natural entre la hipótesis de reenvío al Derecho Extranjero y la de requerimiento a la ley sustantiva del foro, hipótesis esta última que es evidente que no podría constituir en cada caso un reenvío de producción jurídica. Tal separación se debe al planteamiento demasiado formal del problema y conduce, entre otras, a la consecuencia inaceptable, manifiesta en el anterior párrafo, de la doctrina de la única función de reenvío al Derecho Extranjero de las normas de Derecho Internacional Privado. Además, entendemos que la función de dichas normas es, siempre, la de determinar en sustancia las reglas aplicables y no la de producir otras normas. Ciertamente, también en los

---

cesa en cuanto a la prueba de la ley extranjera y la imposibilidad de controlar en casación la interpretación dada al Derecho Extranjero por los tribunales di merito, cfr. **Batiffol:** "Aspects philosophiques", citado, página 104. En el mismo sentido, con relación a la prueba de la ley extranjera, cfr. **Cheshire:** Obra citada, página 129.

(97) Cfr., para la teoría del reenvío recepticio o material y para su crítica, **Ago:** "Teoria", citado, página 168; **Morelli:** Obra citada, página 20.

(98) Cfr., para esta doctrina, predominante en Italia, **Morelli:** Obra citada, páginas 27 y siguientes, y los autores por él citados en las notas 7 y 8.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ordenamientos en los que la mayor parte de las normas de Derecho Internacional Privado haya sido formalmente establecida por el legislador, el fin que éste se ha propuesto al imponerlas es solamente el fundamental de alcanzar la uniformidad de regulación jurídica y no el de encuadrar en el sistema jerárquico de las fuentes de Derecho Interno a las normas extranjeras requeridas. Si fuese este último el objeto perseguido por el legislador —lo que tenemos que excluir por cuanto se ha señalado en orden a la función histórica de las normas de Derecho Internacional Privado (99)—, aquél hubiera tenido que, o bien prever constitucionalmente una fuente adecuada que tuviese la potencialidad formal de encuadrar de modo efectivo el Derecho Extranjero requerido en la jerarquía de los valores jurídicos, o bien establecer reservas —en las normas constitucionales— con objeto de salvaguardar la aplicación de las normas extranjeras requeridas en la hipótesis en que, sin resultar contrarias a los principios de orden público internacional de la **lex fori**, contradijeran principios establecidos por normas de carácter constitucional. Verdaderamente, falta todo esto (100), porque la teoría del monopolio estatal del Derecho, que quiere encuadrado formalmente en el ordenamiento de la **lex fori** a todo valor jurídico que sea tal para dicho ordenamiento, no ha prevalecido más que en apariencia en el campo del Derecho Internacional Privado. Ciertamente, puede darse Derecho Nacional que no sea ni Derecho del Estado, ni Derecho formalmente encuadrado en las fuentes estatales.

En conclusión, cualquier sistema de Derecho Internacional Privado, incluso aplicado unilateralmente por un Estado, se propone exclusivamente conseguir el fin fundamental de la uniforme regulación y, ese objeto, es el mismo, sea que dicho fin se logre mediante la aplicación de normas extranjeras, o sea que se alcance mediante la determinación de la misma **lex fori**. Es evidente que las normas extranjeras se aplican en el ordenamiento interno por voluntad estatal, pero esta voluntad nunca se propone el fin de insertarlas preventivamente en el cuadro de su sistema normativo.

---

(99) Cfr., especialmente, el *parágrafo* 7.

(100) En el texto el problema está formulado con especial referencia a la vigente Constitución italiana.

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dicho de otra forma, el requerimiento realizado por las normas de Derecho Internacional Privado, sea que haga referencia a normas internas, o bien que señale normas extranjeras, u otras normas de ordinario determinables, tiene siempre, de modo exclusivo, el valor de una condición de aplicabilidad de las reglas a las que se ha hecho el reenvío. Después, por cuanto concierne a las normas requeridas, distintas de las internas, la circunstancia de tal requerimiento determina el hecho de que esas normas deben considerarse "nacionales", sólo en el sentido de que encuentran aplicación en el campo estatal aun permaneciendo extrañas al sistema jerárquico formal del ordenamiento de la **lex fori**. Ese encuadramiento se realizará con efectiva vigencia, sólo al nivel de las decisiones formales de los órganos estatales que aplican dichas normas "nacionales" no encuadradas formalmente con anterioridad.

Como es natural, todo esto no excluye que la voluntad estatal realice una correlación sustantiva entre sistemas materiales internos y normas extranjeras requeridas pero esa coordinación tiene lugar sobre una base paritaria aunque unilateral y no por medio de un encasillamiento formal del Derecho Extranjero en la jerarquía de los valores establecidos por las fuentes jurídicas del ordenamiento que reenvía. Un encasillamiento así deformaría, por su propia naturaleza, al Derecho Extranjero que, al contrario, por el mismo fin de la uniformidad, se aplica, en cuanto es posible, en su original valor sustancial (101).

---

(101) La tesis, que ha sido llamada también del «reenvío formal», que considera aplicable el Derecho Extranjero como tal y en cuanto tal (para su exposición clásica, cfr. **Romano:** "L'ordinamento giuridico"[2], Firenze, 1945, página 139) puede considerarse cercana a la propuesta por nosotros. Sin embargo, existen diferencias de construcción que, a nuestro parecer, son fundamentales. Nos hemos apoyado en la falta de encuadramiento positivo, en el sistema del ordenamiento estatal, de las normas extranjeras reclamadas, pero no hemos excluido que el valor de estas reglas sea el de verdaderas y propias reglas nacionales, aunque no estatalmente encuadradas. Esta concepción, que hemos deducido por analogía de la relación de interdependencia que existe entre common law y statute law en los países anglosajones, donde no todo el Derecho vigente en el país es Derecho del Estado o encuadrado por el Estado (cfr. **Barile:** "Diritto Internazionale e Diritto Interno", citado, I, página 485), permite dar una explicación a los casos, no infrecuentes en que las reglas a aplicar no coincidan en todo o en parte con aquellas que tienen un valor jurídico en un ordenamiento extranjero. Lo cierto es que en estos casos, como en todos los demás

Artículo: Funciones e interpretación del Derecho Internacional Privado en una perspectiva histórica
Revista: Nº141, año XXXV (Jul-Sep, 1967)
Autor: Giuseppe Barile

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Estas conclusiones emanan como evidentes de cuanto hemos dicho antes en orden a las deformaciones que el planteamiento formal del problema de Derecho Internacional Privado comporta para una exacta comprensión de la materia que aquí nos interesa (102).

Las últimas consideraciones no excluyen en absoluto que el tratamiento procesal de las reglas extranjeras requeridas sea el reservado a otras normas también aplicadas en el ordenamiento de la **lex fori**; no excluyen, en otras palabras, que pueda proponerse en casación recurso contra la violación o falsa aplicación de dichas normas, que, por otro lado, el juez tiene que conocer de oficio (103). Las normas extranjeras tendrán siempre, efectivamente, el carácter de valores jurídicos de la **lex fori**, o sea, de Derecho Nacional, aunque no resulten formalmente encuadradas en el sistema jerárquico normativo de ese ordenamiento.

---

de remisión a verdaderas y propias normas extranjeras, se aplica Derecho Nacional, pero no encuadrado estatalmente. Y esta conclusión no carece de consecuencias prácticas, como resulta de las soluciones que se vienen aplicando a algunos problemas esenciales.
Nuestra tesis presenta, además, algunas analogías con la sostenida por la doctrina dominante en Alemania, la cual, aun reconociendo a las normas extranjeras solicitadas, en el ámbito de la lex fori, su naturaleza de verdaderas normas jurídicas, excluye el que sean normas alemanas (cfr. **Raape:** "Internationales Privatrecht"[4], Berlin und Frankfurt, 1955, página 177). Es fácil reflejar la diferencia que existe entre esta tesis y la expuesta por nosotros. Nuestro punto de vista es, en efecto, que el Derecho reclamado no sea formalmente encuadrable en el ordenamiento interno, pero sin excluir que sea siempre Derecho Nacional. De esta distinta solución dada al problema derivan una serie de consecuencias diversas, entre ellas, la de la admisibilidad del recurso de casación por violación o falsa aplicación del Derecho Extranjero, admisión que, sostenida por nosotros, es, en cambio, negada por la doctrina germánica. (Cfr. **Raape:** Obra citada, página 122).

(102) A este propósito, tiene interés la tesis mantenida por **Ziccardi:** Obra citada, página 183, que, con la profundidad de pensamiento en él habitual, fija los límites del método dogmático, que ha inspirado la teoría de las fuentes de normas jurídicas, precisando que el objeto de las normas de Derecho Internacional Privado "non è di dar luogo alla creazione del Diritto mediante la fonte, ma soltando di stabilirne la posizione e l'opportuno coordinamento rispetto al sistema" (184). Sin embargo, también la teoría de **Ziccardi**, como la criticada en la nota precedente, presenta, a nuestro parecer, defectos debido tanto a la presupuesta necesaria juridicidad precedente al reenvío (186) de las normas reclamadas, cuanto a la carente intuición de poder concebir un Derecho Nacional no encuadrado en las fuentes formales de la **lex fori**.

(103) Estas soluciones son las adoptadas normalmente por la doctrina y la jurisprudencia italiana. Cfr., por todos, **Morelli:** Obra citada, página 23.