

ROCCO, EL CONDE PORTALIS Y MANCINI

(En memoria del bicentenario de Joseph Story)

Joseph Story (nacido el 18 de septiembre de 1779 en Marblehead, Massachusetts), ha sido considerado el padre de la moderna investigación del derecho internacional privado por su *Comentario sobre conflictos de leyes*, publicado por vez primera en Boston en 1834¹ y posteriormente, en una edición más amplia, en 1841,² cuatro años antes de la muerte de Story.

Además de ser miembro de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde 1812, a comienzos de 1829 fue profesor de derecho en la Universidad de Harvard. Dentro de las obligaciones que tenía por este cargo estaba la de redactar diversos tratados sobre las diferentes ramas del derecho.

Federico Carlos de Savigny,³ considerado otra lumbrera en el campo del derecho internacional privado, nació en el mismo año que Story, siete meses antes. Es interesante notar que el primer homenaje, con motivo de su bicentenario, le fue tributado a Story a raíz de una celebración a Savigny, llevada a cabo en Bonn bajo los auspicios del Consejo Alemán de Derecho Internacional Privado.⁴

El reconocimiento hecho por Savigny al trabajo de Story en el volumen VIII de su *System des heutigen Römischen Rechts* (1849), debe ser, asimismo recordado.⁵

También Story fue rememorado en una sesión especial celebrada en la

¹ Story, J. "Comentarios sobre conflictos de leyes, nacionales y extranjeras". Véase Lorenzen, "Story's Commentaries on the Conflict of Laws —100 Years After", *Harvard Law Review*, núm. 48, 1934, p. 15. en francés, *Revue critique de droit international*, núm. 30, 1935, p. 295.

² Véase Nadelmann, "Bicentennial Observations on the Second Edition of Joseph Story's Commentaries on the Conflict of Laws", *American Journal of Comparative Law*, núm. 28, 1980, p. 67; en francés, *Revue critique de droit international privé*, núm. 70, 1981.

³ Acerca de Savigny (1779-1861) véase Gutzwiller, "Le développement historique du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, núm. 29, 1929, pp. 291, 352.

⁴ Véase Kegel, "Joseph Story", *Rabelsz*, núm. 43, 1979, p. 69.

⁵ Volumen VIII, 1849, prefacio iv, traducción de Scialoja, Torino, 1897. Savigny, "Sistema del derecho romano actual" (traducido por Jacinto Mesia y Manuel y 21, 1979.

sede de la Organización de los Estados Americanos, en Washington, por su trabajo como constitucionalista.⁶

Su *Comentario* a la Constitución de Estados Unidos, editado en 1833⁷ ha sido ampliamente estudiado en varios países latinoamericanos que tienen constituciones inspiradas en la de los Estados Unidos.

En Harvard —donde Story comenzó como profesor de derecho en 1829, al mismo tiempo que era miembro de la Corte Suprema de Estados Unidos— con motivo de su aniversario fue justamente recordado por el decano en un discurso pronunciado el 18 de septiembre de 1979, entre otros asuntos de la Facultad de Derecho. La Facultad recibió como regalo una "Colección de fotografías que representan juristas prominentes en el campo de conflictos de leyes", ésta fue reunida por un antiguo profesor de la Facultad. La biblioteca de la Escuela de Derecho por su lado, arregló una exhibición "Storiana". En su reunión anual llevada a cabo en Harvard durante ese año, la Asociación Americana de Estudios de Derecho Comparado tomó el acuerdo de rememorar a Joseph Story a través de la *Revista Americana de Derecho Comparado*.

El *Comentario* de Story es un libro clásico sobre conflictos de leyes, que no necesita de una introducción. Rechazando la teoría continental de los estatutos reales y los personales de los estatutistas, Story escogió como base doctrinal la teoría de la "cortesía internacional" (*Comity*), desarrollada por Ulrich Huber, recogida también por los tribunales de los Estados Unidos desde un comienzo.⁸ Story expuso el derecho casuístico desarrollado en Inglaterra y Estados Unidos y, por otra parte, consideró las soluciones sugeridas por los primeros representantes de la escuela continental de estatutos reales y personales, hizo extensas citas de sus escritos. Asimismo recibió influencia de un trabajo publicado en 1828 en New Orleans por Livermore,⁹ quien también legó su extraordinaria colección de libros a la Universidad de Harvard.

⁶ La dedicatoria principal fue hecha por H. Valladao, "Joseph Story, gran constitucionalista dos Américas". *Journal do Commercio*, Río de Janeiro, octubre 14, 15 Poley), Madrid, vol. VI, 1879.

⁷ Una traducción en francés (Paul Odent) retraducida al español en Argentina (Nicolás Calvo), la cual tiene muchas ediciones (hay una reimpresión en México en 1879). La traducción portuguesa (Theophilo Ribeiro) apareció en Brasil en 1894-96 (Ouro Preto).

⁸ Véase Nadelmann, "Algunas notas históricas sobre las fuentes doctrinales del derecho internacional privado norteamericano", *Just et Lex*, Gutzwiller Festgabe, 1959, p. 263; reimpreso en Nadelmann, K., *Conflicto de leyes: internacionales e interestatales*, Nijhoff, The Hague, I, 1972.

⁹ Véase De Nova, "The First American Book on Conflict of Laws", *American Journal Legal History*, núm. 8, 1964, p. 136; reimpreso en De Nova, R., *Scritti di diritto internazionale privato*, 1977, p. 669; texto italiano en *Diritto internazionale*, núm. 16, 1962, p. 207.

En el continente europeo, el *Comentario* vino a ser conocido rápidamente a través de J. J. G. Foelix,¹⁰ un abogado colegiado en París, editor de la *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*. Foelix escogió la teoría de la cortesía expuesta por Story como base doctrinal para su *Traité de droit international privé*, el cual apareció en París en 1843. Del *Traitado* de Foelix hay una traducción italiana¹¹ reimpressa en 1870 y una versión en español.

La teoría de la cortesía fue objeto de ataque en muchos lugares. El mismo Story no se equivocó al decir que debido a su generalidad, esta teoría dejaba sin resolver muchas dudas graves en cuanto a su aplicación.¹²

Hasta donde puede ser investigado, sabemos que en Italia, el *Comentario* de Story, con la teoría de la cortesía, vinieron a ser conocidos primero bajo circunstancias muy interesantes. En 1837, en Nápoles, Niccola Rocco,¹³ sacó a luz su *Traitado sobre derecho internacional privado*,¹⁴ un trabajo básicamente hostil a la teoría de la cortesía de Huber¹⁵ (para entonces, Niccola no sabía nada sobre el trabajo de Story). El *Traitado* de Rocco fue resumido en Francia, pero antes de esto, otro hecho debe ser mencionado.

En 1841, Wilhelm Schaeffner,¹⁶ miembro del Colegio de Abogados Frankfurt, escribió un pequeño volumen acerca de la evolución del derecho internacional privado¹⁷ criticando todas las teorías hasta entonces vigentes, incluyendo la teoría de la cortesía. Su propia doctrina pretendió buscar el momento en el que este derecho era ya considerado "existente".¹⁸ El

¹⁰ Acerca de Jean-Jacques Gaspard Foelix (1791-1853) y su trabajo, véase La Pradelle, "A l'occasion d'un centenaire", *Nouvelle Revue de droit international privé*, núm. 10, 1943, p. 16.

¹¹ Foelix, *Trattato di diritto internazionale privato* (traducido al español por Borelli y Montuoro: *Traitado de derecho internacional privado*, Madrid, 1858-61, basado en la tercera edición de 1856 hecha por Demangeat)

¹² Story, "Comentarios sobre conflictos de leyes", núm. 39, 1834 (igual 1841). Story, "Comentarios sobre el conflicto de las leyes" (traducción de Clodomiro Quiroga), Buenos Aires, núm. 38, 1891.

¹³ Acerca de Niccola Rocco (1811-1877), véase Castellani, E., *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, Turín, núm. 93, vol. I, 1883, p. 107.

¹⁴ Rocco, N., *Del'uso e autorità delle leggi del Regno delle Due Sicilie considerate nelle relazioni con le persone e col territorio degli stranieri*, Nápoles, 1837. Ediciones posteriores, comenzando con la de 1843, tuvieron como adición al título el de *o diritto privato internazionale*.

¹⁵ La crítica de Huber está en el prefacio XXI. Sobre las escuelas estatutistas italiana y francesa, véase Miaja de la Muela, A., *Derecho internacional privado*, I, 1972, 6a. ed., pp. 90 y ss.

¹⁶ Schaeffner (1815-1897), nativo de Frankfurt, había sido admitido a la Barra de Frankfurt en 1836.

¹⁷ Schaeffner, W., *Entwicklung des internationalen Privatrechts*, Frankfurt, 1841.

¹⁸ Schaeffner, W., "Existent geworden", núm. 32, p. 24.

texto de Schaeffner fue traducido mucho más tarde al italiano por sugerencia de Rocco.¹⁹ Foelix hizo un resumen del trabajo de Schaeffner en el volumen correspondiente a 1842 de su *Revue étrangère et française*.²⁰ Defendió la teoría de la cortesía fincándola como base doctrinal de su propio tratado que entonces estaba por aparecer.

Rocco había enviado una copia de su trabajo a la Academie des Sciences Morales et Politiques.²¹ Un largo resumen fue presentado a la Academia en 1842 por un nuevo miembro, el conde Portalis, quien para entonces era el primer presidente de la Corte de Casación. Laudatorio en general, éste incluye algunas críticas. El resumen largo fue publicado casi inmediatamente en el *Moniteur Universel*.²² Portalis había tomado interés en los nuevos códigos que reemplazaban al *Código Napoleón* donde éste había estado en vigor anteriormente. Su estudio del nuevo *Código de Cerdeña* había aparecido en una revista francesa de derecho.²³ Las provisiones del Código Napoleón fueron explicadas y defendidas.

El resumen del trabajo de Rocco hecho por Portalis produjo otro realizado por Pasquale Stanislao Mancini, de 26 años de edad, quien como Rocco era napolitano.²⁴ Este resumen²⁵ expone el trabajo pero a su vez también ofrece respuestas a las críticas hechas por Portalis. Este estudio también se ocupa de la teoría de la cortesía, a la cual ataca. Mancini hace referencia al *Comentario* de Story, dando como base de su conocimiento acerca de esta obra un resumen hecho por Foelix en la *Revue*²⁶ acerca de Story

¹⁹ Scheffner, G., *Esplicazione del Diritto Privato Internazionale* (traducción de Michele Tenore), Nápoles, 1859. Dedicado a Rocco por Tenore.

²⁰ Foelix, "Rendiconto", *Revue étrangère et française de législation et d'économie politique*, núm. 9, 1842, p. 241. Foelix mencionó la aparición de la segunda edición de 1841, de los "Comentarios..." de Story.

²¹ El conde Joseph Marie Portalis (1778-1858), es hijo de Portalis, el del Código de Napoleón. Dejó la Corte en 1851 y se volvió senador.

²² *Moniteur Universel* del 9, 11 y 12 de julio de 1842. El "Rendiconto" se encuentra también en *Academie des Sciences Morales et Politiques, Sciences et Travaux*, I, 1842, p. 449.

²³ Véase "Mémoire sur le nouveau Code Sarde", *Revue de législation et de jurisprudence*, núm. 7, 1837-1838, pp. 196, 437; núm. 11, 1841, p. 298. Y véase su "Introducción" a la edición parisina, 1844, del *Code civil du Royaume de Sardaigne* (edición de Portalis).

²⁴ Acerca de Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888) véase, e.g. De Nova, en *Institut de Droit international, Livre du Centenaire 1873-1973*, 1973, p. 3; Vitta, E., *Diritto internazionale privato*, I, 1972, p. 35.

²⁵ El rendiconto está en "Rendiconto", *Rivista Accademia delle Scienze di Napoli*, fasc. 7, 1843. Un lugar más fácil para encontrarlo es la edición de 1843 (y en ediciones posteriores) del *Tratado* hecho por Rocco. El volumen comienza con una reimpresión del "Rendiconto" de Mancini y del "Rendiconto" de Portalis (traducido al italiano).

²⁶ Foelix, "Rendiconto", *Revue étrangère et française*. I, 1834, p. 758.

y acerca del libro de Schaeffner.²⁷ A Rocco se le critica que no haya desarrollado su propia teoría. Rocco regresó al tema varios años después.²⁸

Este no es lugar para discutir los méritos de las respectivas opiniones de Rocco, Portalis y Mancini.²⁹ Sólo debe mencionarse el hecho de que una de las preguntas comunes formuladas se refiere a cómo decidir sobre la existencia de un contrato por correspondencia en donde una ley tome en cuenta el lugar de envío de la aceptación de la oferta y otra considere el lugar de llegada de la aceptación. Rocco había sugerido como regla unilateral considerar la ley del lugar de llegada. Portalis no estaba satisfecho, afirmaba que existía un verdadero conflicto, pues se había tratado de usar una prueba exterior. Sin embargo aceptó esta idea, la cual había sido considerada como descubridora del elemento predominante en el contrato contemplado, aplicando la ley del país de donde ese elemento se originaba, existía o debía surtir efecto.³⁰ Mancini criticó los argumentos hechos en apoyo de esta teoría y se puso del lado de Rocco.³¹ No está claro si Mancini vio la restricción y el sentido de la unilateralidad agregada a la regla por Rocco.

La GNUCCIM, con mucho interés, ha optado por la ley de llegada de aceptación de la oferta.³² Por su parte, el Proyecto de 1972 de una con-

²⁷ Foelix, "Rendiconto (Schaeffner)", *Revue*, núm. 9, 1842, p. 241.

²⁸ "Quando abbiamo ragionato che i rapporti privati internazionali vadano regolati dal diritto del luogo dove sortiscano il loro nascimento, e quando abbiamo soggiunto che cotali rapporti nella ragione pratica se annessino con la legge di un dato luogo, o fosse nei rispetti della personalità, ovvero nei rispetti del possedimento dei beni, o della perpetuazione di taluni fatti, tutto ciò, generalmente parlando, costituisce la somma dottrina del diritto privato internazionale". Rocco, "Del sommo principio del diritto privato internazionale" *Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche di Napoli*, II, 1865, p. 123; véase Castellani, E., *Diritto Internazionale Privato e i Suoi Recenti Progressi*, I, Turín, núm. 93, 1883, p. 10; Míaja de la Muéla, A., *supra* nota 15, p. 149.

²⁹ Rocco, *supra* nota 14, pp. 377-380, con nota al pie de página en p. 380.

³⁰ "Pour résoudre la difficulté, il faut se rapporter aux dispositions du contrat et à son objet. Il est le résultat du concours de deux volontés, et il se compose nécessairement de deux éléments; l'un des deux doit prédominer. On doit trouver dans cet élément prédominant le motif, la cause de l'obligation, la source du lien de droit. La loi du pays où cet élément aura pris naissance, existera ou devra se réaliser, doit être la règle de la convention. Nous adhérons à cette décision...". Portalis, pp. xxxvii-viii de la reimpression.

³¹ "Quando a noi, troviamo troppo vaga questa dottrina; arbitraria e smentita in mille casi la pretesta duplicità degli elementi di ogni convenzione; più falsa ancora la necessità del voluto predominio di un elemento sull'altro. Non è vero a contrario che soglia il più delle volte essere comune ed eguale per ambi i contraenti il motivo del contratto, l'idem placitum?", Mancini en pp. xiii-iv de la reimpression.

³² Convención de Viena del 11 de abril de 1980 para la compraventa internacional de mercaderías, artículo 16 (2) (1980), *UNCITRAL Yearbook*; el texto de dicha Convención apareció también en *Revue de Droit Uniforme*, UNIDROIT, Roma, 1978, t. I, p. 61; en *Revue Critique de Droit International privé*, 70 (1981), p.

vención sobre conflictos, preparada por la Comunidad Económica Europea, prescribía el uso de la ley escogida para gobernar el contrato, es decir, una solución típicamente *bootstrap*.³³ El texto final de la convención tiene una cláusula de escape,³⁴ esto es, por lo menos algún progreso.

El resumen del *Tratado* de Rocco fue probablemente la primera oportunidad para que Mancini dejara constancia de sus puntos de vista sobre las teorías de conflictos. Por lo tanto, Mancini no perdió ocasión para atacar la teoría de la cortesía. El más famoso fue el trabajo histórico presentado por Mancini al *Institut de Droit International* (del cual él era el presidente fundador) durante la sesión de 1874 en Ginebra sobre "la unificación de reglas de derecho internacional privado por medio de tratados".³⁵ Schaeffner y Savigny tampoco se libraron de sus críticas en esta ocasión. En cuanto al debate Portalis-Mancini, éste merece un mejor tratamiento en vez de dejarse en el olvido.

Mancini no limitó su conocimiento al resumen de libros. La caja fuerte de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard tiene un manuscrito en italiano del *Comentario* de Story sobre conflictos de leyes, segunda edición de 1841. De acuerdo con la nota añadida, éste había estado en la biblioteca privada de Mancini. Debido a que ninguna de las ediciones posteriores fue estudiada, se cree que la traducción fue hecha en temprana fecha: entre 1940 y 1950. La familiaridad de Mancini con el *Comentario*

383. Cfr. Siqueiros, José Luis, "La contratación internacional. Posible armonización en su regulación jurídica", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año 13, núm. 39, 1980, pp. 807, 815.

³³ Convención de Roma del 19 de junio de 1980 sobre la Ley Aplicable a Obligaciones Contractuales, artículo 8 (2). Texto en inglés en *Materiales Legales Internacionales*, núm. 19, 1980, p. 1492; texto francés en *Revue critique de droit international privé*, núm. 69, 1989, p. 875; texto italiano en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 16, 1980, p. 247; Siqueiros, p. 814.

³⁴ Artículo 8: Existencia y validez sustancial. (1) La existencia y validez de un contrato o de una de sus disposiciones se establece con base en la ley que sería aplicable en virtud de la presente Convención si el contrato o la disposición fuesen válidos. (2) Sin embargo, una parte contratante, para demostrar que no ha dado su consentimiento, puede hacer mención de la ley del país en el cual tiene su residencia habitual, si de las circunstancias resulta que no sería razonable establecer el efecto del comportamiento de este contratante según la ley prevista en el párrafo 1.

³⁵ "Utilità di rendere obbligatorie per tutti gli Stati, sotto forma di uno o più trattati, alcune regole del diritto internazionale privato, per assicurare la decisione uniforme dei conflitti tra le differenti legislazioni civile e criminal", *Il Filangieri*, I, 1876, p. 624; reimpresso en *Diritto Internazionale*, núm. 12, I, 1959, p. 367. Fuera de Italia, el Reporte es conocido generalmente en la versión francesa, publicada en *Journal du droit international privé*, I, 1874, pp. 220, 285. La revista comenzó con Clunet teniendo como coeditores a Demangeat y Mancini. Sólo la versión italiana tiene notas al pie de página.

de Story podría ser considerada en muchas ocasiones privadas como oficiales.³⁶

El progreso en este campo ha sido lento. Mancini falló en obtener de tratados los principios generales que buscaba,³⁷ pero la idea de usar tratados para la regulación de problemas específicos prosperó. La esperanza que Story expresó en la segunda edición de su trabajo³⁸ respecto a que las futuras generaciones moldearían el derecho internacional privado en un sistema perdurable sigue siendo una quimera. No es probable que Story haya contado con esto. Savigny, por su lado,³⁹ habló de un estado de cosas imperfecto, pero prometedor.⁴⁰

El periodo más reciente ha sido particularmente interesante con el desafío presentado por el método tradicional, personificado ahora en juristas norteamericanos.⁴¹ Especialmente porque no existía un sustituto disponible que pudiera ser ofrecido, la reacción fue predominantemente negativa. Bien o mal, la tradición es difícil de superar, pero la debilidad del sistema ha sido admitida.⁴² Nuevos esfuerzos han sido hechos en ambos lados. El

³⁶ Al respecto, un hecho siempre pasado por alto debe llamar nuestra atención. Mancini, el promotor del derecho nacional como regulador de la capacidad y status, de las relaciones familiares y sucesiones, ha reservado la aplicación de la ley del domicilio actual para el caso de estados con más de un sistema legal, para personas sin nacionalidad y para casos de doble nacionalidad. Véase referencias en Nadelmann, "La regla de la nacionalidad de Mancini para los sistemas legales no unificados: 'Nacionalidad contra domicilio'...", versión italiana (De Nova) en *Diritto Internazionale*, núm. 23, 1969, p. 127. Véase Vitta, E., *Diritto Internazionale Privato*, I, 1972, pp. 155-160.

³⁷ Documenti diplomatici presentati alla Camera del Ministro degli Affari Esteri (Mancini) 1885 (Roma, 1885); reimpresso en G. F. De Maertens & F. Stoerle, *Nouveau Recueil général de Traités*, 2a. serie, vol. 16, 1891, p. 89. La primera parte está también en *Journal du droit international privé*, núm. 12, 1886, p. 35.

³⁸ Story, *Comentarios sobre conflictos de leyes*, 1841 (2a. ed.) v.

³⁹ Savigny, *supra*, nota 5, Vorwort i.

⁴⁰ Para esfuerzos posteriores, ver Antología "Internationales Privatrecht", C. P. Picone and W. Wengler, editors, Darmshadf, 1974, rendiconto por Nadelmann en *Harvard International Law Journal*, núm. 17, 1976, p. 657. Traducción al español de Vázquez Pando, en *Jurídica*, núm. 711, vol. 9, México, 1977; tiene una colección de escritos importantes con críticas y sugerencias hechas desde Savigny.

⁴¹ Para referencias véase Vitta, E., *Trattato di Diritto Internazionale*, I, 1972, p. 184, nota 34. También: Von Mehren, "Une esquisse de l'évolution du droit international privé aux Etats-Unis", *Journal du Droit International*, núm. 100, 1973, p. 116; Yuenger, "La doctrina estadounidense contemporánea a través de algunos autores", *Primer Seminario Nacional (México, 1977), de Derecho Internacional Privado*, México, 1979, p. 251. El presente escritor no comparte el modo de pensar expresado por el profesor Yuenger (p. 273), que nuestro campo podría haber sido reducido a una mera elaboración de pretextos para justificar lo que ya era conocido de antemano: que la ley extranjera no sería aplicada.

⁴² Véase De Nova, "Rilevanza del contenuto della norma in conflitto nella determinazione tradizionale della legge applicabile", *Rivista di diritto internazionale pri-*

resultado será una mejora. Consecuentemente no existe razón para alarmarse, por lo menos no hay más de lo que pudiera haber existido anteriormente en la historia extraordinaria del derecho internacional privado.

Kurt H. NADELMANN
traducción de Deborah ELIZONDO
corregida por José Luis SOBERANES