

RELACIONES ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PUBLICO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

José Luis FERNANDEZ-FLORES
Catedrático de Derecho Internacional Público y Privado

I. INTRODUCCION

I. La cuestión de las *relaciones entre el D.I. Público y el D.I. Privado*, envuelve una serie de implicaciones que desbordarían sobradamente la intención de este trabajo si no nos limitásemos a apuntar una problemática, ya bastante tratada doctrinalmente.

La verdad es que, los autores, cuando se plantean esta cuestión, lo hacen desde *perspectivas muy diferentes*. Para unos se trata de examinar el conjunto de tales relaciones en tanto que para otros, la idea es la de reflexionar sobre los puntos en que, ambas materias, coinciden o difieren con la pretensión de acercarlas o de distanciarlas.

El hecho de que nos vayamos a ceñir en este breve estudio, a un apunte sistemático de las relaciones entre el D.I. Público y el D.I. Privado, no nos exime de comenzar por hacer una alusión a las dificultades que ya encierra la propia *terminología* y particularmente, las expresiones con que se designa a una y a otra materia. Incluso se llega a decir, en este sentido, como, lo hace POTTER (1), que "the phrase 'international public law' involves concepts and implications similar to those which underlie the phrase 'international private law' and must be discarded for reasons similar to those which render that phrase misleading".

La realidad es que, el problema, se presenta *muy acuoso* y buena prueba de ello se tiene en las palabras de MIAJA(2), cuando dice que "en sentido estricto, no habría inconveniente ninguno en prescindir de la diferenciación entre Derecho internacional público y privado y tratar dentro del primero las materias tradicionalmente comprendidas en el último. Sin embargo, diferencias muy sensibles en cuanto a la génesis de unas y otras normas, a la

(1) POTTER, P.B.; *A Manual Digest of Common International Law*, New York, 1932, pág. 2.

(2) MIAJA DE LA MUELA, A.: *Introducción al Derecho Internacional Público*, Madrid, 1968, págs. 40-1; la frase varía en la 7ª edición, pág. 38.

técnica necesaria para tratar las respectivas cuestiones y hasta a los conocimientos instrumentales necesarios para el estudio de cada una de ellas, aconseja mantener una separación que tiene mucho de artificial”.

Y es que *la doctrina se mueve entre los dos extremos* de la negación de la diferencia entre las dos ramas jurídicas internacionales y la afirmación de su diferencia. Como afirma BATIFFOL(3), “un curieux contraste s’observe actuellement dans l’opinion juridique sur les liens entre les deux branches du droit que la terminologie reçue présente comme les deux espèces du droit international”. Plantear el problema en términos de identidad o diferencia, no es nada más que otra manera de apuntar hacia las relaciones más próximas o más distantes entre el D.I. Público y el D.I. Privado, pues por el primer camino, basta dar un paso para hablar de identidad y, por el segundo, basta seguir un poco más para hablar de separación.

Un planteamiento “*in extenso*” del problema de estas relaciones, supondría escribir un tratado. Basta pensar que habría de partirse del fundamento último de ambas disciplinas. La adopción, por ejemplo, de una postura iusnaturalista o positivista, conduciría a resultados distintos: el que se tome el Derecho como “un producto de la voluntad o como esencia de la razón”, en expresión de GARCIA ARIAS(4), posiblemente produciría un punto de vista diverso. De aquí que hayamos decidido limitar este apunte, a las cuestiones más relevantes.

El problema de estas relaciones, por otra parte, y esto es digno de resaltar, se plantea mucho más frecuentemente *por parte de los iurisinternacionalprivatistas* y se plantea en términos de defender la identidad del D.I. Privado frente al Público. La explicación que cabe, es la de que el primero “siente” su dependencia respecto al segundo, en cuanto parece que este se ha “apoderado”, por así decirlo, de los fundamentos sobre los cuales reposa toda la problemática del conflicto de leyes y la que habitualmente se le adhiere. Ya, en el siglo pasado y en este sentido, advertía FOELIX(5), que “el principio de la aplicación de las leyes extranjeras en el territorio de una nación pertenece, no al Derecho privado, sino al Derecho de gentes; aunque en el fondo se trate de aplicar disposiciones de Derecho privado, sin embargo, esta aplicación solo tiene lugar por consecuencia de relaciones de nación a nación”.

Efectivamente, el *D.I. Público* se ha apoderado del problema de la “soberanía” y, consecuentemente, de la cuestión de la división del mundo en Estados soberanos. Es esta, materia que tradicionalmente se estudio dentro de la rama pública internacional. Y como lo que ocurre es que el D.I. Privado, existe precisamente por la división del mundo en Estados soberanos

(3) BATIFFOL, H.: *Points de contact entre le droit international public et le droit international privé*, R.E.D.I., v.XXV-1-4 (1972), pág. 77.

(4) GARCIA ARIAS, L.: *Las concepciones iusnaturalistas sobre la fundamentación del Derecho Internacional*, en Estudios y Doctrina del Derecho Internacional, Madrid, 1964, pág. 19.

(5) FOELIX: *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1860, T.I., pág. 19.

diferentes, con legislaciones y jurisdicciones diferentes, se ha concluido, sin más, por algunos, que este, depende del D.I. Público. Y lo curioso es que el D.I. Privado ha llegado a adquirir un *complejo de "dependencia"* del cual intenta constantemente desligarse.

Y, sin embargo, este no es un planteamiento correcto, en último término, pues la realidad es que la división del mundo en Estados soberanos es *el punto de partida*, tanto de una como de otra disciplina y a ambas pertenece por igual. Así, la postura de algunos autores de decir que si no existiese el D.I. Público no podría existir el D.I. Privado, es, cuando menos, confusa, pues lo adecuado sería decir que si el mundo no estuviese dividido en Estados soberanos, no existiría el D.I. Privado (ni tampoco el D.I. Público).

II *Si recorremos la bibliografía* sobre el tema de estas relaciones, podemos observar que la misma gira en torno de algunos *puntos claves*: 1º) El de la identidad o diferencia de las *relaciones* que regulan una y otra disciplina. 2º) El de las normas o, en otro sentido, el de las *fuentes* de las normas que se aplican para resolver las cuestiones que se plantean cada una de estas ramas jurídicas; 3º) El muy concreto de los *sujetos* a los cuales, las normas de una y otra, se dirigen y la forma en que lo hacen; 4º) El del problema de las "*competencias*", por la forma en que cada materia lo acomete; 5º) El de los "*actos*" internacionales de los sujetos de una rama y de la otra. En este orden, vamos a acometer el problema de las relaciones concretas entre el D.I. Público y el D.I. Privado.

II. RELACIONES

I. *Tradicionalmente, se viene diciendo* que el D.I. Público regula relaciones de Derecho público y el D.I. Privado, relaciones de Derecho privado. Esto supone aplicar en el terreno del D.I., la tradicional también distinción entre el Derecho público y el privado, distinción puesta en tela de juicio, pero todavía útil, al menos a fines didácticos, en el Derecho interno.

Si aceptamos este planteamiento, el problema se centra en si tal distinción es *trasladable* y cómo al D.I.; sin entrar a fondo en el tema, digamos que ya, de inicio, se presenta la dificultad de la distinción en la esfera del Derecho estatal interno.

Efectivamente, la *distinción no es fácil*. En un intento de distinción técnica, dice GOLDSCHMIDT(6), que "desde el punto de vista científico, el Derecho privado constituye el conjunto de repartos autónomos, comprendiendo el Derecho público todos los repartos autoritarios. Sin embargo, urge tener en cuenta que la división histórica entre Derecho privado y Derecho público, si bien descansa entre reparto autónomo y reparto autoritario,

(6) GOLDSCHMIDT, W.: *Suma de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, 1961, pág. 13.

se superpone a la distinción científica, toda vez que agrupa las disciplinas según que preferentemente contemplen repartos autónomos o repartos autoritarios”, lo cual nos sitúa en la realidad de que esta distinción solamente se puede intentar a base de criterios de aproximación. Porque es lo cierto que, tanto en lo interno como en lo internacional, no haya un dato absolutamente válido para hacer la distribución. Esto, juntamente con que algunas materias tienen una doble vertiente, pública y privada, complica sobremanera la cuestión.

Por otra parte, el problema de *si la distinción es trasladable* del orden jurídico interno al orden jurídico internacional, tampoco tiene una solución unánime, ya que muchos autores piensan que *no es posible*. Que esta postura viene de lejos, lo confirma el que ya CONDE Y LUQUE(2), decía que “cosa diferente ocurre en el orden internacional, donde es otro el criterio de división entre Derecho público y privado. Comprende el primero las relaciones entre Estado y Estado, cuyos términos son naturalmente, dos grandes personas morales soberanas y nada más; porque aquí no caben las otras relaciones entre el Estado y el ciudadano que estudiamos en el Derecho público interno”.

Ciertamente que la distinción no es trasladable en estado puro, del D. interno al D.I., pero nada hay que impida que, con las necesarias transformaciones, pueda *realizarse el traslado*. Lo que importa es referir la cuestión a la idea del Estado que, al fin y al cabo, es la piedra angular de la misma.

En este sentido, *se dice habitualmente* que el D.I. Público regula las relaciones entre Estados, en tanto que el D.I. Privado regula las relaciones entre individuos de diferentes Estados. Como idea elemental, este planteamiento es válido, pero la verdad es que, a poco que se profundice, ya no resulta tan claro. Y además daría una idea falsa marcando una distinción y separación absoluta entre ambas disciplinas, que realmente no existe. Esto nos obliga a matizar.

Es cierto que el D.I. Público, por principio, regula las relaciones entre los Estados, pero esto no quiere decir que se agote aquí su función. En la esfera de la actividad internacional, también se mueven otros objetos, algunos de los cuales han recibido ya su patente de personalidad jurídico-internacional o están en trance de recibirla; en esta línea se encuentran las Organizaciones internacionales y el individuo como tal, independientemente de su condición de nacional de un país. Y el D.I. Público, también regula las relaciones en que intervienen estos sujetos que no son Estados, pero que tienen también su protagonismo junto a ellos.

De este modo, podemos decir que el Estado, aún siendo el sujeto preferente del D.I., ha venido a ocupar una posición más mediatizada. Y así, decir que el D.I. regula las relaciones entre los Estados es decir solo una parte de la verdad. Hay que constatar el hecho de que, actualmente, regula

(7) CONDE Y LUQUE, R.: *Oficios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1901, págs. 49-50.

muchas relaciones, más, aunque sólo sea porque, como dice FRIEDMANN(8), "today we are witnessing both the climax and the profound crisis o the era of the national state and of national sovereignty".

En este sentido, podemos decir que el D.I. Público ha dado un *paso adelante* y está dando otro: De regular solamente las relaciones entre los Estados, sujetos morales con soberanía, ha venido a abarcar también las relaciones en que intervienen las Organizaciones internacionales, sujetos morales sin soberanía, y está intentado extenderse a la regulación de cada vez mayor número de relaciones en que actúen los individuos. En otros términos, de la regulación de las relaciones entre unos sujetos específicos, los Estados, como única función y al mismo tiempo exclusiva, en cuanto a ninguna otra rama jurídica se ocupa de ellas, el D.I. Público ha pasado a regular también otras relaciones en que intervienen sujetos, morales o individuales, de las cuales se ocupan otras ramas jurídicas también. Los Estados, son sujetos exclusivos del D.I. Público. Los individuos, personas físicas o morales, son sujetos compartidos.

No es cuestión de entrar ahora en la explicación de lo que es la subjetividad jurídico-internacional de las Organizaciones internacionales y de los individuos. Basta constatar que el D.I. Público regula todas o parte de las relaciones en que estos sujetos intervienen.

Por su parte, el *D.I. Privado*, en principio, lo que regula son las relaciones de los individuos pertenecientes a diversos Estados, entre si. Pero tampoco aquí, como en el caso anterior, se agota la virtualidad del D.I. Privado, pues, por principio, también entran en la esfera del mismo, las relaciones que, a título privado, mantienen los Estados entre sí y las que mantienen los Estados con los individuos, en ciertos supuestos. Nos estamos refiriendo a los contratos entre Estados y a los contratos entre Estados y particulares extranjeros, que cada día van proliferando más y más. Y es que, como dice BATIFFOL(9), "les contrats entre Etats devraient pouvoir être placés sous le régime du droit international privé ou du droit international public, soit en raison de leurs caractères, soit para la volonté des Etats".

Aunque posteriormente volveremos sobre esta cuestión, desde otro ángulo, hay que hacer resaltar que el D.I. Privado no se limita a regular las relaciones entre individuos sino que también regula relaciones entre Estados y entre Estados e individuos.

Así, podemos concluir que la *línea de separación* entrel el D.I. Público y el D.I. Privado, a base de las relaciones que regula cada disciplina, cuando menos, *no es exactamente definida*. Si, en términos generales, el primero regula las relaciones entre Estados y el segundo, las relaciones entre individuos, en términos concretos resulta que uno y otro se interfieren.

(8) FRIEDMANN, W.: *The Changing structure of International Law*, London, 1966, pág. 31. La crisis en que actualmente se encuentra la soberanía estatal, es un lugar común acusado por la mayor parte de la doctrina.

(9) BATIFFOL, H.: *Points de contact...*, cit., pág. 89.

Nadie podría atreverse a *asegurar* que, entre una y otra disciplina, no hay diferencia por razón de estas relaciones, pero tampoco nadie se atrevería a decir que la línea de separación entre una y otra, es nítida y clara en este aspecto. Si, en vez de limitarnos a apuntar este camino de investigación, quisiéramos seguirlo fielmente hasta el final, podríamos constatar que, según fuese nuestra intención, encontraríamos argumentos para aproximar o para distanciar a ambas ramas jurídicas, quedándose la verdad en un discreto y cierto término medio.

II *Es usual decir que las normas del D.I. Público son de naturaleza internacional, en tanto que las del D.I. Privado son de carácter nacional.* En otros términos, el D.I. Público se positiviza mediante el consenso de los Estados, de forma tácita a través de la costumbre y de manera expresa a través del tratado, mientras que el D.I. Privado funciona por medio de normas positivas producto de la voluntad de cada Estado en su esfera de competencia. Siendo válido esta distinción, por principio, necesita sin embargo ser matizada.

El elemento determinante de la creación de las normas de *D.I. Público*, es el acuerdo de los Estados. Cualquiera que sea el tipo de normas, “lo decisivo es el consentimiento de los Estados, cuando se transforma en un consentimiento común y general”(10). En este sentido y sin que sean precisas mayores explicaciones, por lo que a nuestro intento presente interesa, se puede decir que todas las normas del D.I. Público, son internacionales, por su origen y, consecuentemente, por su naturaleza.

Sin embargo, lo absoluto de esta afirmación, se ha puesto por algunos en tela de juicio, aludiendo a la existencia de *actos unilaterales* de los Estados que pueden ser considerados como fuente internacional. Prescindiendo, por inoportuno, de un planteamiento extenso del problema, es cierto que existen actos directamente internos, pero indirectamente internacionales, por medio de los cuales, los Estados delimitan sus propias competencias, afectando indirectamente a terceros. Para explicar esta realidad, se ha dicho que estos actos-regla de los Estados, por los cuales delimitan sus competencias, tienen un consentimiento indirecto o implícito de los demás Estados de la Comunidad Internacional, lo que permite hablar de una fuente del D.I.(11).

Entre estos actos unilaterales de los Estados, que permitirían hablar de actos internos de los Estados como fuente internacional del D.I. Público, se citan los que determinan las competencias terrestres y marítimas de los Estados, en algunos puntos, como los que fijan las competencias estatales personales, por medio de normas sobre la adquisición de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros.

(10) V. FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Derecho Internacional Público, Introducción y Libro Primero, Sistema*, Madrid, 1980, pág. 524.

(11) *Ibidem*, pág. 616.

Por lo que respecta al *D.I. Privado*, y en atención a la naturaleza de sus fuentes normativas, se ha dicho frecuentemente que es una rama del Derecho estatal. Pero, como dice RIGAUX(12), "l'affirmation d'après laquelle le droit international privé est, par ses sources, une branche du droit étatique doit, à présente, être nuancée et précisée". Y es que, en esta cuestión, hay posturas muy divergentes entre los autores.

Para unos, puramente nacionalistas, las únicas fuentes del *D.I. Privado* son las internas, de manera que, esta disciplina, resuelve sus problemas a base, solamente, de los ordenamientos jurídicos estatales, lo que produce el resultado de que haya tantos *D.I. Privados* como países, de forma absoluta. Para los autores que pueden denominarse internacionalistas, las fuentes del *D.I. Privado* son las de naturaleza internacional, lo que lleva a la subordinación de los ordenamientos jurídicos estatales al orden internacional. La realidad, sin embargo, nos muestra que la única postura realista es la de carácter ecléctico, según la cual el *D.I. Privado* tiene fuentes de carácter interno y de carácter internacional(13).

Las llamadas fuentes *internacionales* del *D.I. Privado*, cumplen una triple función. Por un lado, se presentan como un ordenamiento plenamente aplicable por los tribunales internacionales, salvo que las partes que acuden a tal instancia internacional hubieren acordado otra cosa; por otra parte, imponen ciertas obligaciones al legislador estatal en la formulación de su sistema de normas interno de *D.I. Privado*; finalmente, también se trata de normas que se aplican directamente por los órganos judiciales y administrativos internos cuando, por algún medio, tales normas están vigentes en el interior del Estado(14).

En resumen, vemos que, dentro de la normativa del *D.I. Público*, existe la posibilidad de que normas de origen y naturaleza interna, cubran una necesidad internacional o, dicho en otras palabras, vemos que algunas normas de origen interno son normas de *D.I. Público*, aunque la cuestión sea muy discutida. Y por otra parte, también hemos visto que, el *D.I. Privado* tiene normas internas, pero también normas de origen internacional, que cumplen muy distintas funciones; la verdad es que la mayoría de las normas de esta disciplina son de naturaleza interna, pero hay otras, cada vez más numerosas, convencionales y algunas consuetudinarias, que son normas internacionales del *D.I. Privado*.

De cuanto hemos expuesto, no puede *deducirse* que no hay una cierta línea de separación entre una y otra disciplina, por razón de la naturaleza de sus normas, pero tampoco puede afirmarse que esta línea es absoluta. Podemos decir que, por principio, las fuentes del *D.I. Público* son de origen

(12) RIGAUX, F.: *Reflexiones sur les rapports entre le droit international privé et le droit des gens*, R.E.D.I., v.XXI-3 (1968, pág. 724).

(13) V. FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Manual de Derecho Internacional Privado, Introducción y Libro Primero, El sistema*, Madrid, 1980, págs. 241 y sigtes.

(14) *Ibidem*, pág. 251.

internacional y la mayoría de las fuentes del D.I. Privado son de origen nacional, pero nada más(15).

III. Anteriormente ya apuntamos la idea, tan sobradamente repetida y conocida que resulta pueril volver sobre ella, de que el D.I. Público y el D.I. Privado, *tienen una misma base o punto de partida; la multiplicidad de soberanías*, encarnadas en Estados soberanos. El D.I. Público existe porque existen Estados soberanos y para regular las relaciones entre ellos. El D.I. Privado existe porque existen Estados soberanos y para regular las relaciones entre los nacionales de los mismos. En términos de principios, estas afirmaciones son plenamente válidas.

Pero, y aquí surge la pregunta clave, lo que no está demasiado claro es si cuando, una y otra disciplina, se refieren al Estado, lo hacen utilizando los *mismos parámetros*. O, dicho en otras palabras, si el D.I. Privado acepta siempre el concepto de Estado que formula el D.I. Público.

BATIFFOL(16), plantea el problema diciendo que "la question de savoir quelles sont les entités qui répondent à la qualification d'État concerne donc les deux branches du droit international. Elle a toujours occupé une place primordiale en droit international public, notamment avec les institutions de la reconnaissance d'État et de gouvernement, en droit international privé la question est apparue sous ce jour relativement tard, en fait après la première guerre mondiale, quand les tribunaux des pays occidentaux se sont demandés s'ils pouvaient appliquer les lois soviétiques en l'absence de reconnaissance de l' U.R.S.S., par leurs gouvernements".

El *Estado* es una realidad que existe con independencia de todo reconocimiento por parte de los demás Estados. Desde el momento en que se dan los elementos precisos para la existencia del Estado, la población, el territorio y el gobierno, juntamente con la soberanía, el Estado existe, aunque no esté reconocido como tal por los demás Estados. De este modo, el reconocimiento de un Estado es una mera constatación de su existencia, tal como lo consideró el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Bruselas, en 1936, en otros términos, el reconocimiento, jurídicamente, es un acto declarativo y no constitutivo.

Emanado del gobierno del Estado que reconoce, el punto que aquí nos interesa es el de los efectos del *reconocimiento* y concretamente el de si los mismos se ciñen a la esfera del D.I. Público (derecho de legación, derecho de celebración de tratados, etc) o se extienden también a la esfera del D.I. Privado (aplicación, en su caso, de sus leyes internas, etc). O dicho en otras palabras, si el reconocimiento o mejor aún, el no reconocimiento, hecho o

(15) Esta es una afirmación que puede hacerse en este momento de la evolución del D. I. Privado, pero tal vez no podrá hacerse en el futuro si esta disciplina sigue internacionalizándose. Aunque lo cierto es que las normas internacionales del D.I. Privado van aumentando, lo hacen de una forma tan lenta y reticente, que lo más probable es que, todavía por muchos años, las fuentes del mismo sea internas en su casi totalidad, como hoy ocurre.

(16) BATIFFOL, H.: *Points de contac...*, cit., pág. 80.

no hecho por el gobierno, vincula de forma absoluta a todos sus órganos internos. Y, más concretamente, si el tribunal de un país que no ha reconocido a otro, puede aplicar, cuando así resulte del juego del conflicto de leyes, las normas de este no reconocido.

En el caso de que exista el reconocimiento, la solución positiva no admite duda. En cuanto el reconocimiento es acto de gobierno, este vincula a todos sus órganos, de manera que lo que es Estado a los efectos de D.I. Público, lo es también a los efectos de D.I. Privado.

En cambio, la solución no parece ser idéntica, cuando de *no reconocimiento* se trata. Se puede decir que este problema es clásico en D.I. Privado y que ha recibido una solución que se puede considerar prevalente, la de que el juez ha de decidir si el Derecho del Estado no reconocido por su gobierno, es tal Derecho del Estado no reconocido por su gobierno, es tal Derecho y efectivamente se observa, en cuyo caso, tendrá obligación de aplicarlo. En este sentido dice WOLFF(17), que “quien pretendiera negar a las normas empleadas el carácter de Derecho, a causa de no reconocerse el mandamiento de aquella ley, olvidaría que también en otros casos no es la voluntad del Estado la que da al Derecho su carácter de tal”.

En definitiva, el hecho de que un Estado no esté reconocido como tal por el gobierno de otro Estado, no impide que los jueces de este último, cuando proceda, puedan aplicar normas de la legislación del primero, si estiman que efectivamente tales normas son Derecho y se aplican como tales a una población que habita un territorio. Esta es la postura, por ejemplo, de la jurisprudencia alemana, francesa e inglesa, así como la opinión de la mayor parte de la doctrina. El problema no se resuelve a base de la consideración del reconocimiento, a tenor de los cánones del D.I. Público, sino que es una cuestión de efectividad de la legislación extranjera, que el juez tiene que decidir con validez independiente para el D.I. Privado.

Y es que, frente a la versión “legalista” o “legitimista” del problema, han prevalecido las posiciones políticas y sociológicas, las posiciones “de facto”, que independizan al juez, por así decirlo, de su gobierno, cuando no hay acto concluyente de este.

Si, ante esta realidad de la doctrina y de la práctica internacional, pensamos que el D.I. Público y el D.I. Privado van por caminos diferentes en este problema, habremos sacado una *conclusión* errónea. Pero si creemos que el D.I. Privado se pliega completamente al D.I. Público, en el tema del reconocimiento, también nos habremos equivocado. Digamos que, en principio, es acertado pensar que el D.I. Privado toma en cuenta el planteamiento del D.I. Público, pero que, en ciertos casos, el primero obra con una independencia que lo aleja, por decirlo de alguna forma, del segundo. En palabras distintas, ambas ramas jurídicas internacionales, pueden presentar una calificación diferente del Estado extranjero.

(17) WOLFF, M.: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1936, pág. 137. Aunque las argumentaciones varíen, esta postura está muy generalizada en la doctrina.

IV. *La función fundamental del D.I. Público*, como la de cualquier orden jurídico, es la de delimitar su propia *competencia*, es decir, sus propios ámbitos de validez personal, material, territorial y temporal o, dicho de otra forma, la función del D.I. Público, por excelencia, se centra en la determinación de los sujetos a los que se dirige, de las materias que regula, del espacio en que se aplica y del tiempo en que tiene vigencia. Pero como quiera que, los sujetos fundamentales del D.I., son los Estados y estos, a su vez, aparecen como órdenes jurídicos nacionales, la función de tal Derecho se extiende a la delimitación de las competencias de los mismos, en el mismo cuádruple orden personal –los sujetos a los que se dirige el orden jurídico estatal–, material –los hechos y relaciones sujetos a este orden jurídico–, territorial –fijación de las competencias estatales terrestres, marítimas y aéreas– y temporal –período de tiempo de duración de estas competencias estatales–(18). Así pues, la fijación de las competencias estatales, es una parte esencial de la función fundamental del D.I. Público.

Las respuestas al problema de la función del *D.I. Privado*, son múltiples y diferentes. Entre ellas, son varias las que giran en torno de esta disciplina, como delimitadora de *competencias* estatales. Para PILLET(19) y otros muchos autores el conflicto de leyes es, en definitiva, un conflicto de soberanías, pues el D.I. Privado viene determinado por la coexistencia de órdenes jurídicos autónomos, cada uno de los cuales tiene un ámbito de vigencia que necesita ser delimitado. Las dificultades que suscita este punto de vista, han dado lugar a que otros autores(20), más modestamente, consideren que la función del D.I. Privado es únicamente la de delimitar su propia competencia, mediante normas internas, en vez de intentar la delimitación de soberanías mediante inexistentes normas internacionales de este tipo. Prescindiendo de la crítica de estos planteamientos, lo que no interesa resaltar es que el D.I. Privado ha sido concebido por algunos, como delimitación de una competencia estatal, en los mismos términos básicos que la función del D.I. Público.

En concreto, planteada así la función del D.I. Privado, este aparece como una delimitación de la competencia estatal de legislar, dentro de unos límites personales, materiales, territoriales y temporales. A través de disposiciones legales, incluíbles dentro de la esfera del D.I. Privado, como Derecho interno, se determina el poder del Estado. Y este se ve, más claramente, en el aspecto de la competencia territorial del Estado en relación a los efectos de sus leyes propias.

Sin entrar en el estudio de los casos concretos en que la función delimita-

(18) En resumen, como dice KELSEN (*Principios de Derecho Internacional Público*, Buenos Aires, 1965, pág. 81), "las normas jurídicas reglan la conducta humana, y la conducta tiene lugar en el tiempo y en el espacio", de donde resultan las cuatro aludidas esferas.

(19) PILLET habla de competencias entre legisladores o de competencias entre soberanías. En esta misma línea se puede situar a DONATI y a ZITELMANN, por citar solamente figuras sobresalientes.

(20) V. nuestro *Manual de Derecho Internacional Privado*, cit. págs. 216 y sigtes.

dora de competencias, aparece más claramente, como por ejemplo en el caso de las normas llamadas de "aplicación inmediata", tenemos que constatar que la realidad es que el D.I. Privado, en este punto, se entrecruza con el D.I. Público o tiene que recurrir a sus criterios para resolver sus propios problemas.

V. Otro punto en el que se mueven, aunque se tangencialmente, el D.I. Privado y el D.I. Público, es el de los *actos internacionales*, particularmente el de los tratados y los contratos internacionales.

El tema se plantea bastante claramente, en torno de ciertas situaciones *intermedias*, en las cuales la calificación del acto resulta difícil y la intervención de una o de otra rama jurídica controvertida.

Uno de los campos donde el *D.I. Público* desenvuelve más agudamente su problemática, es el de los tratados. Estos, independientemente de su función como "ley" internacional, cumplen con otra, de límites menos borrosos, cual es la de cauce de los negocios jurídicos internacionales. En este sentido, se corresponde con el contrato en el orden jurídico interno y crea derechos y obligaciones entre los sujetos internacionales del mismo modo que el contrato los crea entre los individuos. Así, en principio, la distinción aparece clara: El D.I. Público se ocupa de los tratados, en tanto que el *D.I. Privado* se ocupa de los contratos entre individuos, en los cuales aparece algún elemento extranjero.

Lo que ocurre es que haya que *preguntarse* si esta distinción actúa siempre de forma tan clara o, en otras palabras, si no hay casos en que los Estados, pueden celebrar contratos y cual es su régimen jurídico. Es decir, si hay negocios jurídicos internacionales que celebren los Estados y que en vez de correr por el cauce de los tratados, corran por el de los contratos, de manera que en lugar de aplicarse las reglas del D.I. Público, se apliquen los de D.I. Privado o, incluso, una combinación de ambas.

Esta posibilidad ha surgido fundamentalmente con la aparición de las *sociedades* hoy ya comúnmente denominadas "internacionales" y de las cuales nos hemos ocupado con más detenimiento en otras ocasiones(21). Muy brevemente, estas sociedades nacen de un texto internacional que, como calificación más segura, ha de recibir la de tratado y se rigen por este texto y por los estatutos que normalmente figuran como anejo, así como, en lo no previsto, por la ley de un Estado-generalmente el de sede de la sociedad-ele-gida por los fundadores.

Para algunos, el problema se presenta a nivel de la calificación del acto mismo de constitución, en tanto que, para otros, se presenta a nivel de su régimen jurídico. De una forma o de otra, es lo cierto que resulta discutible si estamos ante unas sociedades constituídas por un tratado y con un régimen jurídico internacional específico o si nos encontramos con unas socieda-

(21) V. FERNANDEZ-FLORES, J.L.: *Las sociedades internacionales*. Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, nº 4, 1973, págs 467 y sigtes.

des constituídas por un contrato entre Estados y sujetas a un régimen jurídico nacional elegido, modificado solo en lo que esta ley nacional permite.

Del estudio de las figuras concretas de estas sociedades (Banque des Reglements Internationaux, Eurofima, Eurochemic, Saarlor, etc), se puede deducir que, en cuanto al título de constitución, nos encontramos en presencia de un tratado celebrado entre Estados con todas las características del mismo, en tanto que en relación con su régimen jurídico encontramos soluciones para todos los gustos, pues no hay una línea uniforme. El intento, en algunos, de considerar que estas sociedades nacen por medio de un contrato en el que los Estados obran no como sujetos de D.I. Público sino como individuos de D.I. Privado, carece de fundamento, a poco que se estudien los textos creadores de estas sociedades. Sin embargo, el hecho de que estos tratados ofrecen algunos datos que han permitido pensar en los contratos, nos demuestra que la distancia entre tratados y contratos no es excesiva y que, como a veces se ha dicho, es la voluntad de los Estados la que puede situar a los negocios jurídicos internacionales en la órbita del D.I. Público o en la del D.I. Privado.

El hecho de que este problema concreto, a la vista de la práctica internacional, haya de ser resuelto en el sentido de que estamos en presencia de tratados, no obvia la problemática de otros casos en que los Estados concluyen acuerdos internacionales sobre objetos y en la misma forma en que pueden concluirlos los particulares. Del mismo modo que se plantean una serie de cuestiones, en las que naturalmente no vamos a entrar, respecto a los contratos que se celebran entre Estados y personas privadas extranjeras o residentes en el extranjero.

La distinción entre *los tratados* y *los contratos*, es decir, entre los negocios jurídicos que se rigen por el D.I. Público y los que se gobiernan por el D.I. Privado, pasa por el doble dato de los sujetos intervinientes y del régimen jurídico aplicable. Si no hay problema para calificar de contratos los que se celebran entre un Estado y un particular(22), sí lo hay, a veces, para calificar los negocios jurídicos en que solo intervienen Estados o, más precisamente, sujetos jurídicos reconocidos por el D.I. Público. En este caso, la línea de separación tiene que pasar, necesariamente, por el régimen jurídico, de manera que serán tratados los que se rigen por el D.I. Público(23), en tanto que habrá de hablarse de contratos cuando hay una "referencia fundamental" a un régimen jurídico nacional, con lo que entra en juego el D.I. Privado. Si esta referencia es accidental o subsidiaria, como ocurre en la mayoría de los casos de creación de sociedades internacionales, es preciso mantenerse en la calificación de tratado.

(22) Según ha explicado el T.I.J. (en su S. de 22 de julio de 1952, referente al Asunto de la Anglo-Iranian Oil Company), todos estos negocios jurídicos entre un Estado y una sociedad privada, no tienen ni pueden tener carácter de tratado. Y menos después de la Convención de Viena.

(23) V. art. 2,1,a, de la Convención de Viena, donde se dice que un tratado ha de estar "regido por el Derecho Internacional".

Pero no se trata de insistir en esta cuestión, sino solamente de apuntar a lo cerca que están el tratado y el contrato internacional. En *definitiva*, a lo cerca que están el D.I. Público y el D.I. Privado. Que existe una diferencia, en esta materia, que separa a ambas disciplinas, es cierto, pero concluir que esta separación es absoluta, es erróneo.

VI. Como quiera que no tratamos de hacer una exposición exhaustiva de todos los puntos en que el D.I. Público y el D.I. Privado, se relacionan, distanciándose o aproximándose, sino más sencillamente, de apuntar unos datos genéricos en torno a la cuestión, *excluimos* de nuestro trabajo otras consideraciones más concretas, para tratar de llegar a un resumen.

III. POSICIONES

I. *Cuando los autores, se deciden a emitir su veredicto* sobre las relaciones entre ambas disciplinas jurídico-internacionales, generalmente lo hacen sin un previo exámen, más o menos detallado, sobre los puntos de contacto o de separación entre ellas. A lo más, algunos hacen un apunte sumario con el solo intento de basar en él sus particulares puntos de vista o, en otros términos, sus intenciones. Como, por otra parte, los datos son susceptibles de interpretaciones diversas, el resultado es que las posiciones doctrinales son muy distintas.

Desde quienes como SCHWARZENBERGER(24), piensan que "international law must also be kept apart from private international law" hasta la nueva corriente doctrinal que, como dice AGUILAR(25), "se viene afirmando con progresiva insistencia y que con tonos decisionistas procede a sustentar la tesis de una interdependencia entre el Derecho internacional público y el privado", hay posturas para todos los gustos. Desde quienes, sin comprometerse a fondo, dicen, como FIORE(26), que entre el D.I. Público y el D.I. Privado "existen numerosas filiaciones y que deben tenerse muy en cuenta" los principios del primero, hasta los que se arriesgan a tesis poco comunes, como ZORRILLA SAN MARTIN(27), que afirma que "así como el Derecho público de los Estados deriva del Derecho privado, así el Derecho internacional público deriva también del privado", una amplia gama de posiciones doctrinales se presenta.

En realidad, hay *dos grandes corrientes doctrinales*, una de *aproximación* entre ambas disciplinas y otra de *separación*, aunque, naturalmente, dentro de cada una, se den variantes de forma y de contenido.

(24) SCHWARZENBERGER, G.: *A Manual of International Law*, London, 1967, pág. 21.

(25) AGUILAR NAVARRO, M.: *Afinidades existentes entre el Derecho internacional público y el Derecho internacional privado*, R.E.D.I., v.XI-1-2, pág. 11.

(26) FIORE, P.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1978, pág. 25.

(27) ZORRILLA SAN MARTIN, J.: *Discursos, artículos y notas de Derecho Internacional Público*, Montevideo, 1955, pág. 207.

II. *Una primera variante de la posición aproximativa*, es la que ya hace tiempo sustentó TORRES CAMPOS(28), al decir que “el punto de partida de la organización de la sociedad o comunidad internacional se encuentra en la soberanía de los Estados, considerados miembros de ella, y esta soberanía, sin la cual no podría haber personalidades en contacto, no solo es la base del Derecho internacional público, sino también del privado. Tal es la razón por la que ambos Derechos dan lugar a una sola ciencia, dividida por lo que toca a su esfera de acción”. Es decir, nos encontramos con un tronco común, el D.I. construido sobre la base de la soberanía de los Estados, del cual se derivan dos ramas, el D.I. Público y el D.I. Privado.

En esta posición cabe situar a JESSUP(29), para quien, lo mismo una rama jurídica que otra, están incluidas dentro de su “Derecho transnacional”. Sin embargo, va más lejos, en cuanto ya no se refiere a diferentes esferas de acción, sino a una esfera única en la que actúa un único Derecho. También, aunque naturalmente con matices distintos, se manifiesta en forma parecida, WORTLEY(30), para quien no es posible hoy en día, sostener la separación entre ambas disciplinas, puesto que muchas instituciones del D.I. Público son base del D.I. Privado y algunas normas de este último son aplicables en el primero, ya que las dos ramas parten de unas bases comunes.

Una segunda variante de la posición aproximativa, es la que sostiene que el D.I. Privado es parte del D.I. Público; no se trata de dos ramas que proceden de un tronco común, sino de un solo tronco, el del D.I. Público, dentro del cual está el D.I. Privado. Una postura clara, en esta línea, es la de NIBOYET(31), que partiendo de la idea de que el D.I. Privado debería incluirse dentro del Derecho público, dice que la distancia entre las dos ramas jurídicas internacionales no es tan grande como a primera vista pudiera pensarse y concluye que “los conflictos de leyes son conflictos de soberanía, y la solución de los mismos debería inspirarse en la regla del respeto máximo de la soberanía en conflicto, una de las reglas del Derecho de gentes”. También, YANGUAS(32), hace alusión a ciertos puntos de dependencia del D.I. Privado respecto al D.I. Público, cuando dice que “el derecho internacional público da, de otra parte, al Derecho internacional privado, las fuentes de origen internacional” que son las más adecuadas para resolver sus problemas peculiares.

III. *Entre los autores partidarios de la separación entre ambas disciplinas,*

(28) TORRES CAMPOS, M.: *Elementos de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1906, pág. 22.

(29) JESSUP, P.C.: *Transnational Law*, 1956. El “Derecho transnacional” está compuesto, para JESSUP, por todas aquellas normas que regulan relaciones que trascienden las fronteras nacionales, cualquiera que sea la forma en que trasciendan y los sujetos a los cuales afecte.

(30) WORTLEY, B.A.: *The interaction of public and private international law today*, R. des C., T.85 (1954-1), 239-342.

(31) NIBOYET, J. P.: *Principios de Derecho Internacional Privado*, Madrid, s/f., pág. 40.

(32) YANGUAS MESSIA, J. DE: *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Madrid, 1968, pág. 19.

las variantes son muchas. Y, en términos generales, podemos decir que es la postura actualmente dominante.

Así son *numerosos los autores* que, fundándose en la realidad de que la mayor parte de las normas del D.I. Privado, son de naturaleza interna, piensan que la internacionalidad de esta rama jurídica, está lo suficientemente puesta en tela de juicio, como para que haya que considerarla como totalmente independiente del D.I. Público. Para WOLFF(33), el D.I. Privado no es hoy Derecho internacional sino nacional, con lo cual ambas ramas jurídicas se alejan. Igual postura adopta DOVE(34), cuando, calificándolo de error, dice que “algunos juristas europeos pretenden que la ciencia de los conflictos de leyes tiene por objeto un Derecho verdaderamente internacional”. KELSEN(35), por su parte, explica que el D.I. Privado no es Derecho internacional, sino nacional y que “por regla general, solamente el llamado derecho internacional “público” es derecho internacional”. En esta misma línea, pueden situarse otros muchos autores(36).

Una demostración de que *esta posición resulta dominante*, es la de que, en términos generales, la enseñanza de ambas disciplinas se va imponiendo separadamente. Ya dijo ANZILOTTI(37), refiriéndose al tema, que “nell’Istituto de Science Sociali di Firenze, l’insegnamento del diritto internazionale privato é già da vari anni distinto di quello del diritto internazionale pubblico”, añadiendo que “la separazione dei due insegnamenti, che in altre paesi, come l’Olanda, la Svizzera, la Francia, ed in alcune delle Università americane, é già un fatto compiuto, si può credere che finirà per imporsi dovunque”. Y esta profecía que, por otra parte no era excesivamente arriesgada, ha acabado por cumplirse en casi todos los países(38).

IV. *También hay posturas eclécticas* en lo referente a la relación entre ambas materias. Y los matices varían indefinidamente. Un ejemplo de estas posturas, es AGUILAR(39), para quien “el Derecho internacional privado tiene que construirse sobre una doble base: la que ofrece el Derecho privado y la que aporta el Derecho internacional”. La verdad es que, con fórmulas diferentes, la mayor parte de los autores resaltan los puntos de contacto y los de separación, con lo que se quedan en posiciones que no tienen otro calificativo que el de eclécticas.

(33) WOLFF, M.: *Derecho...*, cit., pág. 9.

(34) DOVE, E.: *Derecho Internacional Privado*, Barcelona, 1957, pág. 197.

(35) KELSEN, H.: *Principios...*, cit., pág. 222.

(36) Así, por ejemplo, REDSLOB (*Traité de Droit des Gens*, París, 1950, pág. 70), CAVARE (*Le Droit International Public Positif*, París, 1967, I, pág. 160), QUADRI (*Diritto Internazionale Pubblico*, Napoli, 1968, pág. 18), GUGGENHEIM (*Traité de Droit International Public*, Genève, 1967, pág. 51), y otros muchos, todos ellos con una fundamentación muy parecida en el fondo, aunque varíen en la forma los razonamientos.

(37) ANZILOTTI, D.: *Scritti di Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1960, v.III., Pág. 75.

(38) Hoy, las cátedras de D.I. Público y de D.I. Privado, son diferentes en casi todas las Universidades europeas y americanas. En España, la división se ha producido recientemente.

(39) AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1979, V.I., T.I., pág. 46.

IV. CONCLUSIONES

I. Por un lado, *hemos examinado los puntos fundamentales* en que una y otra disciplina coinciden, por otro, hemos visto como *la doctrina, con diferentes argumentos*, concluye por acercar o separar al D.I. Público y al D.I. Privado. Creemos pues que estamos en posición de llegar a unas conclusiones.

II. *En resumen, podemos decir que:* 1º) El D.I. Público y el D.I. Privado, regulan *relaciones* que son diferentes, por razón de los sujetos entre los que se producen, aunque esta diferencia queda atenuada porque las nuevas realidades de ambas materias, producen interferencias de manera que la línea de separación no es nítida, como podría parecer anteriormente; 2º) La naturaleza de las *normas* de una y otra jurídica, son distintas numéricamente y por principio aunque hoy tienden a homogeneizarse, lo que, sin embargo, no parece realizable en una perspectiva próxima; 3º) Lo mismo el D.I. Público que el D.I. Privado, tienen una *base común* que es la multiplicidad de Estados soberanos, de manera que al Estado, como sujeto del orden internacional, se refieren ambas ramas jurídicas, aunque se advierten divergencias en su consideración, en algunos puntos concretos, pero decisivos; 4º) En el orden de las *funciones* que cumplen una y otra disciplina, se advierte un cierto entrecruzamiento, sobre todo en ciertas concepciones doctrinales de la función del D.I. Privado, pero la realidad es que este se vale de criterios que fundamentalmente determina el D.I. Público, estando, en este sentido, en una cierta dependencia de aquel respecto a este; 5º) En los *actos* internacionales, una evidente cercanía es observable entre los tratados y los contratos, aun persistiendo un régimen jurídico diferente que alea a una y otra ramas jurídicas.

Por lo que respecta a las *posiciones doctrinales*, éstas pueden ser resumidas diciendo que: 1º) La mayor parte de los autores, reconocen los puntos de *contacto* o la base común del D.I. Público y el D.I. Privado; 2º) Pero es predominante la tesis de que una y otra materia, tienen la suficiente *disimilitudes* como para que deban ser consideradas como ramas jurídicas diferentes.

III. *En conclusión:* 1º) *El D.I. Público y el D.I. Privado, tienen una base común*, la multiplicidad de soberanías, que les da personalidad propia frente a las demás ramas del Derecho y que es fecunda en consecuencias comunes para ambas disciplinas; 2º) Sin embargo, las diferencias son lo suficientemente acusadas como para que haya que considerarlas como *ramas jurídicas diferentes*, aunque con una evidente interdependencia.