JOSÉ DE YANGUAS MESSÍA
CATEDRÁTICO DE LA UNIVERSIDAD DE MADRID
MIEMBRO DEL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

I

PARTE GENERAL

"INSTITUTO EDITORIAL REUS"
Centro de Enseñanza y Publicaciones (S. A.)
Preciados, 23 y 6, y Puerta del Sol, 12
MADRID
1944

Imprenta y Litografía, Juan Bravo, 3.—MADRID

CURSO UNIVERSITARIO

INTRODUCCION

Lección 1.ª

I.—*Concepto del Derecho internacional privado.*—Problemas a que se aplica. Método para solucionarlos. El *jus gentium* de Roma y el Derecho internacional privado moderno. Contenido de esta rama del Derecho. Sus relaciones con el Derecho internacional público y con el Derecho interno. Definición.

El Derecho internacional privado implica un doble fenómeno, social y legislativo. El fenómeno social consiste en el comercio jurídico entre individuos de distinta nacionalidad o a través de territorios sujetos a distintas soberanías. El fenómeno legislativo, en la diversidad que distingue y separa a las leyes de los distintos Estados.

Si la vida jurídica privada se detuviera al llegar a las fronteras y por encima de ellas no hubiese ni individuos que se trasladasen al extranjero, ni propiedad privada sobre cosas sitas en ajeno territorio, ni actos o contratos que hayan de surtir efectos en otro Estado, ni sucesiones cuyo causante, cuyos herederos y cuyos bienes puedan depender de distintas soberanías, no existirían casos ni problemas de Derecho internacional privado. Y si la legislación aplicable en todas las naciones fuera uniforme, tampoco aquellos problemas llegarían siquiera a presentarse.

La cuestión surge de ese doble fenómeno social y jurídico, cada día más universal y complejo, por el desarrollo de la vida de relación más allá de las fronteras, y por la multiplicidad de

las legislaciones nacionales positivas, que vienen a ser unas sesenta, si se cuenta la de los Estados Unidos como una sola, y cien, si se computan sus diversas legislaciones federales.

La supresión de esta variedad y el logro de una legislación uniforme podrá ser una aspiración, parcialmente realizada ya, en la zona del Derecho mercantil, pero que no cabe esperarla en el Derecho civil, cuyo antiguo fondo común romano ha sufrido, especialmente en el Derecho de familia, los embates de la Reforma y de la Enciclopedia, y cuya uniformidad en las instituciones fundamentales del Derecho privado es irrealizable en una sociedad internacional extendida a naciones de civilización no cristiana, sin contar los soviets, que son la negación misma de los principios esenciales del Derecho civil: familia, propiedad, sucesiones, contratación.

Hay que partir, pues, de la diversidad legislativa, y buscar el modo de resolver los problemas que este hecho suscita en el comercio jurídico internacional.

El Derecho internacional privado es una rama jurídica de reciente formación. Cuenta poco más de un siglo de existencia. Los problemas a cuya solución se consagra son, sin embargo, tan antiguos como la vida de relación entre hombres dependientes de distintas soberanías y sujetos a leyes diversas. Lo que ha cambiado, según la época y los lugares, es el método seguido para solucionarlos.

Los romanos adoptaron el sistema de crear para regularlos un Derecho especial, el *jus gentium*. La Instituta lo definía: *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.*

Dos partes comprende esta definición: 1) el Derecho de gentes es el que la razón natural establece entre todos los hombres; 2) y se observa en casi todos los pueblos. La primera frase establece una hipótesis; la segunda señala un hecho. ¿Cuál de esas dos notas fué la más característica y decisiva en la elaboración del Derecho de gentes?

Se ha creído durante largo tiempo que era el hecho de observarse en casi todos los pueblos la nota que caracterizaba al *jus gentium*. Savigny lo concebía como un producto histórico reflejo, surgido de aquella coincidencia de legislaciones en Roma. Catellani y Meili lo ven como la resultante de un estudio de legislación comparada, *sustratum* de las normas genéricas y fundamentales, comunes a casi todos los pueblos y superiores al particularismo que los distingue.

Los estudios de los modernos romanistas alemanes tienden, por el contrario, a demostrar que el Derecho de gentes era ante todo un Derecho natural de segundo grado, derivado de las normas de la pura razón, teoría demostrada incontrovertiblemente por Kipp.

La afluencia de un gran número de peregrinos o extranjeros a Roma hizo sentir la necesidad de regular su estatuto personal, y las relaciones jurídicas que sostenían entre sí y con los ciudadanos romanos. No cabía aplicarles el Derecho extranjero, porque el orgullo político y jurídico de Roma no consentía la admisión de normas procedentes de ajena soberanía. Tampoco cabía aplicarles el Derecho romano, porque era un honor del que sólo los ciudadanos romanos podían participar.

El problema fué resuelto por los romanos creando un Derecho especial destinado a resolver las necesidades primarias de esta categoría de relaciones, con instituciones elementales y

sencillas, despojadas del complicado formulismo del Derecho quiritario.

Su definición correspondía a un magistrado, el *pretor peregrinus,* y no fué ni pudo ser producto de un estudio de legislación comparada, por el motivo doctrinal de que Roma no aceptaba el Derecho extranjero y por la consideración práctica de que no pudo el pueblo romano, con Derechos extranjeros consuetudinarios imprecisos y borrosos, realizar una síntesis que difícilmente se concebiría como viable hoy, no obstante los progresos de la codificación, que da en cada ordenamiento nacional fijeza a sus normas, y los frutos obtenidos por la legislación comparada, que señala sus analogías y sus discrepancias.

Es posible que al correr de los siglos, a medida que el *pretor peregrinus* se pusiera en contacto con hombres de diversos orígenes, absorbiese algunas de sus instituciones, con lo que el *jus gentium,* siquiera fuese indirectamente, se habría visto enriquecido por el Derecho extranjero; mas no cabe inducir de tales asimilaciones esporádicas que los distintos Derechos aportados por los peregrinos fuesen la causa eficiente ni la fuente principal del Derecho ideado por Roma para regir el comercio jurídico de los peregrinos entre sí y con los ciudadanos romanos.

El Derecho de gentes fué, en realidad, un Derecho natural de segundo grado, que se elaboró a medida que las necesidades sociales lo exigieron, sin preocuparse de indagar el Derecho particular de cada uno ni buscar sus semejanzas recíprocas y las que pudieran tener con el Derecho romano. El *pretor peregrinus* consultaba tan sólo a su propia razón para buscar las normas aplicables al hombre genéricamente consi-

derado, abstracción hecha de las notas específicas del ciudano y del extranjero. O lo que es lo mismo: el Derecho que "la razón natural establece entre todos los hombres" y en la mente humana se revela.

Ruggiero ha sostenido que el Derecho de gentes surgió de los tratados celebrados por Roma con otros pueblos, aserción desmentida por la historia, ya que tales tratados fueron limitadísimos y rara vez mencionan estas nomas.

Sea cual fuere el concepto que del Derecho de gentes se forme, dos cosas indudables y fuera de discusión importa dejar establecidas: 1) la semejanza de sus problemas con los que se asignan al Derecho internacional privado; 2) la diversa manera como uno y otro Derecho los resuelven. El *jus gentium* regulaba directamente, con normas sustantivas e instituciones definidas, las relaciones extrarromanas o mixtas suscitadas por la presencia de extranjeros en Roma. El Derecho internacional privado es, por el contrario, un Derecho formal, que no da una solución material y directa a los problemas, sino que se limita a designar la ley más competente para regular la relación jurídica de que se trate.

Técnica semejante a la del Derecho internacional privado, aunque de naturaleza interregional, fué ya conocida en Roma al ensanchar sus límites el Imperio y formarse nuevas provincias, que conservaban su Derecho local en tanto eran jurídicamente asimiladas. Al trasladarse a Roma los habitantes de estas provincias y celebrar cualquier contrato con un romano, surgía un conflicto de leyes para cuya solución se aplicaban ciertas normas de carácter formal, parecidas a las de Derecho internacional privado, pero que en Roma tuvieron una importancia más secundaria que las del *jus gentium*.

El Derecho internacional privado es aquella rama del Derecho que determina la competencia legislativa y jurisdiccional de los distintos Estados, y señala la ley aplicable a las relaciones jurídicas que no dependen por entero de una sola legislación.

Quedan recogidos en esta definición los dos aspectos característicos del Derecho internacional privado: un elemento público, la competencia legislativa y jurisdiccional de los Estados, y otro privado, en cuanto se refiere a relaciones con elementos dispersos bajo la esfera de acción de diversas soberanías, o que en los distintos momentos de su vida están en contacto con legislaciones de distintos Estados.

Entre las facultades soberanas del Estado figura el poder legislativo (poder de dictar leyes) y el jurisdiccional (poder de aplicarlas). Cuando una relación jurídica tiene sus elementos (sujeto, objeto y relación) y las fases de su vida (nacimiento, desarrollo y extinción) en un mismo Estado, no hay problema, pues se trata de una cuestión legislativa interna, y el Estado puede dictar libremente una ley y aplicarla; pero si no existe esta homogeneidad, cuando, por los elementos que la integran o por las fases que atraviesa, la relación jurídica entra en contacto con la ley de otro Estado, surge la competencia, y con ella el problema de Derecho público consistente en fijar los límites de aplicación de cada una de las legislaciones en el espacio, en el interior de cada Estado y más allá de sus fronteras.

Paralelamente a este problema de Derecho público, nuestra disciplina ha de resolver otro de Derecho privado: aplicar a cada relación jurídica que tenga contacto con más de una legislación, la ley más adecuada a su peculiar naturaleza.

El problema de Derecho público exige el respeto a las soberanías, para que ninguna invada la órbita de las demás. El problema de Derecho privado impone el respeto a la relación misma, para evitar que carezca de una norma reguladora o que se le aplique una ley diversa de aquella que su propia índole reclama.

Son tan íntimas las relaciones que con el Derecho internacional público mantiene, que hay determinadas materias -la penal, entre otras-, que unos autores las incluyen en el Derecho internacional público y otros en el privado. Otra prueba de esta intimidad de relaciones es que en las Universidades españolas, excepto en la de Madrid, existe un mismo titular para ambas cátedras.

En casi todas las organizaciones jurídicas internacionales (Instituto de Derecho Internacional, por ejemplo) se cultivan indistintamente uno y otro Derecho y por los mismos especialistas, lo cual nos prueba que la técnica del Derecho internacional privado es de carácter internacional y excede de las normas y del método del Derecho privado estricto.

Otra prueba de estas relaciones está en que el Derecho internacional público da al privado las más interesantes fuentes positivas, la costumbre internacional y los tratados, las cuales, si bien no son las más extensas—ya que la mayor parte de las normas de Derecho internacional privado se encuentran en las legislaciones internas—sí son las que mejor responden a la finalidad de fijar un límite a las distintas soberanías.

Con el Derecho interno también mantiene relaciones el Derecho internacional privado, y esto por varias razones:

1) El avance codificador interno de los diversos países hace que la mayor parte de las normas de Derecho internacional privado hayan de buscarse en las legislaciones internas.

2) Aun en el supuesto de que la costumbre internacional y los tratados diesen solución a todos los problemas de Derecho internacional privado, éste tendría una íntima relación con el interno, ya que, siendo su naturaleza puramente formal, siempre remitiría a una legislación interior.

3) El Derecho internacional privado no se puede comprender si no se conocen las instituciones del Derecho interno, pues lo que aquél hace es fijar la norma de Derecho sustantivo más conveniente para regular una institución determinada.

4) Las cuestiones de nacionalidad y extranjería, cuya regulación corresponde al Derecho interno, son un supuesto indispensable para la aplicación de las normas de Derecho internacional privado.

Mucho se ha discutido acerca de si el nombre de Derecho internacional privado es propio y exacto. Desde luego, la primera denominación que se usó para nuestra disciplina es la de *Conflictos de leyes*, nombre que popularizó el americano Story, al publicar en 1834 su libro así titulado, si bien, la denominación arranca primitivamente del holandés Huber.

La denominación de conflictos de leyes es exacta en algunos aspectos, pero incompleta: 1) porque no se comprenden en ella los conflictos de jurisdicción; 2) porque, a veces, aunque en una misma relación jurídica hayan de tenerse en

cuenta más de una legislación nacional, puede no existir conflicto entre ellas, si los dos sistemas de Derecho internacional privado resuelven la cuestión en igual forma.

Otra denominación que se ha propuesto es la de *Normas de colisión* (*Kollisionsnormen*), pero esta palabra, aparte de no estar consagrada por el uso, se presta también a uno de los reparos de la de conflictos de leyes, pues no se incluyen los conflictos de jurisdicción, aunque elude la segunda de las objeciones.

El profesor Torres Campos llamó a nuestra disciplina *Derecho extraterritorial,* título que tampoco es aceptable, ya que no abarca todos los casos propios del Derecho internacional privado ni responde a su exacta significación.

Menos aún lo es el que pretende Arminjon: *Derecho intersistemático,* considerando que cada ordenamiento nacional es un sistema, y el Derecho internacional privado tiene por objeto resolver los problemas entre los diversos sistemas nacionales; frase que a nuestro juicio tiene un valor meramente académico.

De aquí se deduce que, aun reconociendo los reparos a que la denominación puede prestarse, admitimos la de Derecho internacional privado, que es la consagrada por el uso, y la que más aproximadamente expresa el concepto y contenido propio de nuestra disciplina. Es *Derecho,* por ser una disciplina que contiene normas obligatorias; *internacional,* porque regula relaciones que exceden de la esfera de acción de un Estado y plantea cuestiones de competencia legislativa y jurisdiccional de esta índole; *privado,* porque las relaciones a él sometidas afectan a personas individuales o jurídicas, o al Estado en cuanto persona civil.

Lección 2.ª

II.—*Fuentes del Derecho internacional privado.*—Monismo y dualismo de los ordenamientos jurídicos. Fuentes internacionales y nacionales. a) La costumbre. Su formación histórica y su valor positivo. b) Los tratados. Doctrina que les niega el carácter de fuentes del Derecho internacional privado. Crítica. c) La ley nacional. Teoría que reserva al Derecho interno el valor de fuente exclusiva del Derecho internacional privado. Crítica. Valor de la jurisprudencia y de la doctrina.

La polémica científica que divide a los autores en torno a la opción entre monismo o dualismo jurídicos y al modo de entender uno y otro concepto, constituye el problema previo y general, de cuya resolución depende el juicio específico que en nuestra disciplina hayamos de formar acerca de las fuentes del Derecho internacional privado.

La concepción monista parte del principio de unidad del Derecho y se bifurca luego en dos teorías: 1) la que subordina el Derecho internacional al Derecho interno; 2) la que supedita el Derecho interno al Derecho internacional.

La primera implica necesariamente, como dice Walz, "la autoridad del legislador nacional sobre el Derecho internacional, lo que es fundamentalmente contrario a la realidad jurídica en sus puntos esenciales, perdiendo así todo valor científico".

La segunda, al englobar las normas de Derecho todas en un solo ordenamiento universal, desconoce la competencia peculiar del legislador interno en su órbita propia.

Por opuestos caminos, las dos teorías monistas que acabo de enunciar coinciden, sin embargo, en el empeño de reducir a unidad las reglas de Derecho, así internas como internacionales.

El dualismo, en cambio, proclama la absoluta separación entre el ordenamiento jurídico internacional llamado a regir las relaciones que afectan a sujetos soberanos y los diversos ordenamientos nacionales, cuyo fin es regular la vida interior de cada Estado.

Lejos de constituir un orden jurídico unitario y homogéneo, el Derecho internacional y el Derecho interno son para la teoría dualista compartimentos estancos, no ya sólo distintos, sino incomunicados, entre los que no cabe establecer ninguna interpenetración.

Sentada esta premisa, la teoría dualista se bifurca también en dos contrarias direcciones, que más adelante se especificarán: 1) la que adscribe el Derecho internacional privado al Derecho internacional; 2) la que lo inserta en el Derecho interno, a la manera que lo está el Derecho civil, el mercantil o el procesal.

El problema de las fuentes está en Derecho internacional privado ligado íntimamente al concepto que de esta disciplina jurídica se forme. Las teorías que la consideran una rama del Derecho internacional, afirman que las verdaderas fuentes son los tratados y la costumbre internacional, y admiten tan sólo la ley interna como simple remedio subsidiario, que viene a suplir lagunas del Derecho internacional privado propiamente dicho. Las teorías que incluyen a nuestra disciplina en el Derecho interno nacional sostienen que la única fuente es la ley y excluyen de esta condición a los tratados y a la costumbre

internacional, porque sus normas no son obligatorias para los particulares ni para los jueces mientras no son recogidas en una ley del Estado.

Sin entrar a fondo en un problema que tendrá más amplio desarrollo a lo largo de este curso, baste por ahora con señalar que la dualidad de fuentes internacionales y nacionales no son sino un reflejo de la dualidad de problemas a que el Derecho internacional privado se consagra: 1) problema de competencias legislativas que tiene por sujeto a los Estados; 2) problema de aplicación a cada relación jurídica de la ley más conforme con su naturaleza, que tiene por sujeto a la persona individual o jurídica.

Los tratados y la costumbre, en cuanto fuentes internacionales, son los instrumentos más aptos para resolver la delimitación de competencias legislativas entre los Estados o, como decían los primeros cultivadores de nuestra ciencia y todavía se repite, los conflictos de leyes.

La ley, como fuente interna, es, a su vez, la norma apta para regir directamente las relaciones jurídicas cuyos sujetos son las personas privadas, siempre que no traspase los límites impuestos por los tratados, por la costumbre internacional y por los principios universalmente admitidos.

La costumbre es la fuente más antigua y espontánea en el orden internacional privado. Requiere la concurrencia de dos factores, uno material o de hecho, otro espiritual o psicológico. El material o de hecho es la repetición de determinadas soluciones jurídicas para el mismo problema de Derecho internacional privado. No basta, sin embargo, con este elemento de hecho, ya que si se trata de una simple repetición mecánica

de actos sin intención de crear una norma jurídica, no existe costumbre; así ocurre con las normas de cortesía y con las normas diplomáticas de orden protocolario, las cuales tienen un valor social pero no jurídico. La costumbre va acompañada de un elemento espiritual o psicológico, que significa la voluntad de crear una norma. Este elemento espiritual exige, a su vez, dos factores que se han de unir al elemento material, y son: la generalidad, es decir, que sea aplicada, si no en todos los Estados, sí, por lo menos, en un número considerable de ellos, y que sea constante, lo cual reviste a su vez dos aspectos: la uniformidad, es decir, que en todos los países, frente a igual caso, se adopte identica solución, y la continuidad, o sea, que esta uniformidad no sufra intermitencias, que se aplique sin solución de continuidad y durante largo espacio de tiempo.

La costumbre internacional nació en los tiempos medievales a la luz de la escuela de Bolonia, y se desarrolló en nuestro continente por exigencias del comercio jurídico entre súbditos de distintas soberanías. A ella se debe, entre otras, la regla *locus regit actum,* por virtud de la cual el acto o contrato realizado conforme a la ley del lugar de celebración es válido en todas partes.

El hecho de que en distintos Estados se observen determinadas reglas consuetudinarias de idéntico contenido es interpretado por algunos autores como simple manifestación coincidente de una pluralidad de costumbres interiores en los diversos Estados, no como una verdadera y propia costumbre internacional.

Es, sin embargo, lo cierto que la costumbre creó la mayor parte de sus normas durante el largo período que se extiende

desde el siglo XIII hasta principios del XIX, cuando aún no existían en nuestra disciplina sistemas positivos nacionales y el Derecho internacional se basaba preferentemente en principios superiores elaborados por la doctrina estatutaria que hallaron universal aceptación.

La costumbre internacional no está constituída por la suma de esporádicas y casualmente idénticas costumbres interiores, cada una de ellas elaborada sin relación con las demás, dentro de las fronteras de cada Estado. Las normas consuetudinarias internacionales brotan al empuje de necesidades sentidas en un más amplio círculo humano, se nutren de la misma savia y son expresión unitaria, aunque incipiente, de una conciencia jurídica común.

Junto a estas reglas consuetudinarias extensivas a todos los Estados donde adquirieron carta de naturaleza con genérica y uniforme significación, existen costumbres interiores, específicamente propias de cada sistema positivo nacional, en las que se manifiesta la diversidad que los distingue. Las primeras proceden de fuente internacional; las segundas, de fuente interna.

La insuficiencia de las normas convencionales y legislativas impone siempre el recurrir a la costumbre, incluso en aquellos Estados que cuentan con Códigos. Todavía más en aquellas otras naciones, especialmente las anglosajonas, donde el Derecho internacional privado es casi totalmente consuetudinario y jurisprudencial.

Los tratados, en cuanto acuerdos entre sujetos internacionales para crear, modificar o extinguir una relación de Derecho, pueden tener por objeto el dar solución a problemas específicos de esta disciplina jurídica.

Descártanse con ello de nuestro estudio los tratados contratos, cuya finalidad estriba en concertar intereses, y quedan únicamente con el rango de fuentes los tratados normativos (que la doctrina alemana denomina *Vereinbarung* y la anglosajona *law making treaties*) en cuanto definen normas de Derecho internacional privado.

Un sector de la doctrina niega al tratado el carácter de fuente de esta rama del Derecho fundándose en que obliga a los Estados que lo suscribieron, pero no a los individuos, en tanto el legislador nacional no dicte una ley interna para darle validez jurídica dentro del Estado.

Recordemos que la misión primordial del Derecho internacional privado, aun cuando cierta tendencia extendida hoy quiera negárselo, consiste en resolver las competencias legislativas y jurisdiccionales mediante normas dirigidas a los Estados como sujetos titulares de la facultad de dictar leyes, para evitar que ninguno invada la esfera de los demás. Es ésta una exigencia jurídica impuesta por el respeto recíproco de las soberanías, por el concepto de sociedad internacional y por la idea de justicia.

Podrá decirse con razón que tales normas son escasas, mas no cabe por ello excluir su aceptación ni negar al tratado el carácter de verdadera fuente de nuestro Derecho, cuando por acuerdo bilateral o colectivo—del que son ejemplos los de La Haya de 1902 y 1905—los Estados se conciertan para adoptar iguales normas de solución frente a idénticos problemas.

El tratado es ya en este aspecto fuente del Derecho internacional privado, en cuanto contiene normas que delimitan las competencias legislativas y vinculan la voluntad de los Estados que lo suscribieron. La firma de un convenio implica el com-

promiso de observarlo y da vida a una norma jurídica obligatoria para el Estado que le presta su ratificación. Esta norma, por su naturaleza y por su contenido, pertenece al Derecho internacional privado.

La realidad que señalamos es tan notoria, que autor como Bosco, partidario de considerar a la ley fuente exclusiva del Derecho internacional privado, hace, sin embargo, el distingo de reconocer al tratado la naturaleza de "fuente material" de este Derecho, reservando a la ley el calificativo de fuente formal.

Si de la primera misión que corresponde a nuestra rama jurídica, delimitar las competencias, pasamos a la segunda, o sea regular la relación jurídica compleja, los autores que reservan esta facultad exclusivamente a la ley dicen una parte de verdad al sostener que el tratado no es, en general, obligatorio para los particulares y para los jueces sin una orden del legislador interno nacional. Mas no requiere forzosamente que las normas del tratado pasen por el cauce de una ley; pueden ser promulgadas mediante la simple publicación del tratado mismo. Y las consecuencias son diversas en uno y otro supuesto: si el legislador dicta una ley, los jueces, al interpretarla, habrán de indagar cuál sea la voluntad de su propio legislador; pero si publica el tratado, el juez habrá de indagar cuál fué la voluntad concorde de los Estados que lo suscribieron, para lo cual tendrá que acudir a las actas de las negociaciones que precedieron a su conclusión.

Tan cierto es que las normas convencionales no han de ser necesariamente recogidas en una ley y pueden recibir directa aplicación, que más de una vez se usa en las legislaciones el sistema de remitir genéricamente a las normas establecidas en

los tratados que existan o puedan existir. Tal hace nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, a propósito de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros, al disponer que "tendrán en España la fuerza de obligar que establezcan los tratados respectivos" (artículo 951).

Es verdad que los tratados requieren normalmente para su aplicación interior el mandato del legislador. Mas siempre serán: 1) fuentes inmediatas del Derecho internacional privado, en cuanto contienen normas dirigidas a los Estados y destinadas a regular el imperio de las leyes en el espacio; 2) fuentes mediatas, en cuanto contienen normas cuyo objeto específico consiste en regir a través de la promulgación interna, en una u otra forma, situaciones jurídicas de carácter internacional privado.

El ideal sería que todos los problemas de Derecho internacional privado fueran resueltos por los tratados, y que luego la ley interna desarrollara y aplicara los principios en ellos contenidos.

En cuanto a las condiciones que ha de reunir un tratado para que sea obligatorio, es lógico suponer que ha de ser suscrito por el Estado en cuyo territorio se quiere que tenga vigencia; los tratados entre terceros no son obligatorios para los Estados que no los suscribieron, ni pueden ser invocados como título jurídico para su aplicación en estos Estados. No obstante, hay una sentencia de nuestro Tribunal Supremo de 3 de mayo de 1929 que no siguió esta doctrina cuando, al resolver un pleito en el que había litigantes ingleses y alemanes, estableció: "Considerando, sin que pueda caber duda, que los solemnes preceptos del tratado de Versalles son de aplica-

ción en España, pues si España no se adhirió a él, basta su existencia para que, como legislación extranjera, se aplique, etc."

Un tratado entre terceros, con mayor motivo, un tratado de paz, eminentemente político y casi siempre desigual, no es la legislación extranjera reclamada por la norma de Derecho internacional privado, ni cabe equipararla a las reglas contenidas en los Códigos y leyes nacionales, que el legislador interno, libremente y por razones jurídicas, dictó.

La primera de las fuentes nacionales del Derecho internacional privado es la ley, entendida en un sentido genérico, como todo lo que es emanación del poder legislativo interno del Estado en su función soberana. Pero la ley, por su carácter unilateral, no llena por entero las funciones propias del Derecho internacional privado, cuyo ideal sería que sus problemas hallasen una solución uniforme en todos los países. Aparte de esto, la ley, en la realidad positiva actual, es la fuente más importante en volumen, sobre todo desde que se intensificó el movimiento codificador.

Sostienen algunos juristas que la ley es la única fuente del Derecho internacional privado, excluyendo de esta categoría a los tratados y a la costumbre internacional, es decir, a las fuentes que sería de desear resolvieran por sí la parte más fundamental de las competencias legislativas y jurisdiccionales. Pretenden fundar su afirmación en que, dentro del territorio del Estado, únicamente el legislador puede definir el Derecho en todos los aspectos de la vida jurídica interna; y, aun cuando la peculiar modalidad de la relación jurídica en Derecho internacional privado reclama un trato especial, esa es, para ellos, función exclusiva del legislador interno.

Frente a esta concepción que podemos llamar nacionalista, se alza otra internacionalista, definida en una sentencia del Tribunal de Justicia Internacional de La Haya, de 25 de mayo de 1926, en la que se dice que ante el Derecho internacional y el Tribunal de Justicia de La Haya, que es su órgano, las leyes nacionales son simples hechos, manifestaciones de la voluntad y de la actividad de los Estados, con el mismo título que las resoluciones judiciales o las medidas administrativas.

El contraste entre ambas doctrinas no puede ser más radical, pues así como la concepción nacionalista dice que la ley es la única fuente de Derecho internacional privado, la internacionalista niega a las leyes internas este carácter, considerándolas como simples hechos.

Tampoco esta concepción es admisible, porque las leyes no son hechos, sino normas jurídicas emanadas de autoridad legítima. Por tanto, cabrá decir que las leyes internas no pueden ser invocadas ante el Tribunal de Justicia Internacional, como normas obligatorias para el Estado B, si han sido dictadas por el Estado A, mas no cabe negarles por ello el carácter de normas jurídicas.

En realidad, tanto una doctrina como otra son exageradas y responden a una concepción particularista. La verdad es que en el orden internacional privado hay fuentes internacionales que son los tratados y la costumbre internacional, y otras fuentes nacionales que son las leyes, reglamentos, órdenes, etcétera. Cuando se pretende decir que no tienen valor los tratados

o que la ley interna es un mero hecho, se incurre en dos extremos igualmente inaceptables.

Pecan de exclusivismo tanto una como otra posición. Ni puede decirse que la ley nacional no sea fuente del Derecho internacional privado, ni cabe tampoco afirmar que las fuentes internacionales no lo sean. Lo cierto es que las fuentes del Derecho internacional privado ni son todas nacionales ni todas internacionales, y entre unas y otras existen innegables interferencias.

Es más: en buenos principios jurídicos, esa zona de interferencia constituye el área donde el Derecho internacional privado cumple adecuadamente su fin específico, ya que dentro de ella las normas derivadas de fuentes internacionales han recibido interna aplicación, y las procedentes de fuentes interiores no se hallan en pugna con las reglas y principios de orden internacional.

Las normas que del lado internacional o del lado interior quedan fuera de aquella interferencia no realizan por entero su misión. Las del lado internacional porque no encontraron cauce interior, aun cuando puedan comprometer la responsabilidad exterior del Estado; las del lado interno, porque violan normas de orden superior, aunque dentro de las fronteras y por la fuerza coactiva del Estado reciban, de hecho, aplicación. Tal ocurre con el Derecho soviético, que constituye la negación del Derecho internacional privado.

La jurisprudencia ejerce una triple función: interpretar las normas escritas, precisar las consuetudinarias, llenar las lagunas y deficiencias del Derecho positivo, tan escaso en Derecho internacional privado.

La doctrina de los tratadistas y el Derecho natural tienen en Derecho internacional privado una importancia mayor que en las ramas internas, porque encontrándose aquél en su mayoría contenido no en tratados internacionales sino en leyes internas, a veces contradictorias, el valor de la doctrina consiste en que los cultivadores del Derecho internacional privado son intérpretes de una conciencia jurídica común.

En los comienzos del Derecho internacional privado, fueron los tratadistas quienes le abrieron camino. Posteriormente, a medida que la codificación avanza, las normas positivas adquieren primacía, pero sin que puedan llegar a la eliminación de la doctrina, que siempre ejerce una doble función en el orden internacional privado: 1) Interpretar las normas jurídicas existentes, reduciéndolas a sistema. 2) Preparar sus progresos, estableciendo contactos entre los diversos sistemas positivos y científicos, para facilitar la solución uniforme de los problemas de Derecho internacional privado.

Digamos para terminar que el Protocolo de Ginebra de 1920, al crear el Tribunal de Justicia Internacional de La Haya, en su artículo 38, establecía que las fuentes jurídicas que el Tribunal había de aplicar eran: 1.° Los convenios internacionales; 2.°, la costumbre internacional; 3.° los principios generales del Derecho, reconocidos por las naciones civilizadas; 4.°, las resoluciones judiciales y la doctrina de los publicistas más reputados como medios auxiliares para la determinación de la regla jurídica.

Obsérvese que junto a los convenios y la costumbre, en el plano internacional que esta enumeración de fuentes mantiene, figuran los principios generales del Derecho reconoci-

dos por las naciones civilizadas con valor sustantivo y propio. En cambio, la jurisprudencia y la doctrina no son mencionadas como fuentes creadoras de normas jurídicas, pero sí como medio de determinar su existencia y significación.

La cuestión interesa a nuestra disciplina jurídica porque el Tribunal Permanente de Justicia Internacional de La Haya tiene determinada jurisdicción, en virtud de tratados existentes, como más adelante veremos, para interpretar los convenios relativos a materias de Derecho internacional privado.

Lección 3.ª

III.—*Hechos históricos que precedieron a la teoría de los Estatutos.*—El Derecho de Roma y el Derecho germano. El sistema de la personalidad del Derecho. Excepciones a este principio. La territorialidad feudal. Sus características en Alemania, Francia, Inglaterra e Italia. El Sacro Romano Imperio y la variedad legislativa. El Derecho romano y el Derecho canónico. La personalidad y la territorialidad del Derecho en la España medieval. Las Partidas y sus normas de Derecho internacional privado.

El Derecho internacional privado no podía surgir en la Roma del Imperio, donde ningún Derecho extranjero era admitido, ni en modo alguno cabía imaginar la remisión a ajena ley. Los problemas determinados por la presencia de los peregrinos o extranjeros fueron resueltos, como sabemos, con la elaboración del *jus gentium,* de fuente romana y de naturaleza sustantiva, destinado a regular directamente aquellas relaciones jurídicas que contenían algún elemento extranjero.

Al producirse la invasión de los bárbaros y el derrumbamiento del Imperio, los vencedores respetaron en general las leyes del pueblo vencido, a la vez que trajeron las suyas propias, lo que dió origen al sistema de la personalidad del Derecho.

El sistema de la personalidad del Derecho consistía en que cada individuo, mediante la *professio legis,* tenía facultad de declarar cuál era su ley de origen, para que esta ley le fuera

aplicada. Y así, de una parte, existía la ley personal de cada uno de los individuos, que había de ser declarada como ley de origen, y de otra el Derecho de Roma, que coexistía con la anterior.

El sistema de las leyes personales o *professio legis* tiene dos fases: 1) Era un acto de notoriedad, por el que cada individuo declaraba a qué pueblo pertenecía, y, según fuera éste, así era el Derecho que se le aplicaba. 2) Fué después un acto de opción, determinado por la frecuencia de los matrimonios entre los individuos de uno y otro pueblo, incluso entre bárbaros y romanos. El emperador Valentiniano prohibió estos matrimonios, pero más adelante volvieron a admitirse y se estableció la libertad para que cada persona declarase la ley por que optaba.

A primera vista, esta segunda fase debía conducir a una verdadera anarquía jurídica, mas no fué así, y ello se debió a la autoridad doctrinal del Derecho romano, que venía a ser como la razón escrita; sobrevivió a la caída del Imperio, y terminó por dominar como Derecho superior y universal, aunque recogió y absorbió, a su vez, algunas instituciones de los pueblos vencedores.

De aquí se deduce que el sistema de la personalidad de las leyes, que al principio mostraba tantas variedades, vino a formar una unidad sobre la base del Derecho romano. En Francia, el arzobispo de Lyon, Agobardo, escribía que en los primeros tiempos de la dominación gala coexistían en Lyon con el Romano, cinco Derechos distintos de los pueblos vencedores. Esta variedad evolucionó hasta formar, en torno al Derecho romano como núcleo fundamental, una unidad legislativa.

El principio de la personalidad del Derecho tuvo algunas excepciones, siendo las principales:

a) Los eclesiásticos, los cuales tenían la facultad de optar por el Derecho romano en vez de someterse a la ley de origen, pero con carácter definitivo y sin posibilidad de revocación.

Más tarde cambió el carácter de esta opción. Primitivamente, la presunción estaba a favor de la ley de origen y era necesario que se realizase la opción para quedar sometido al Derecho romano. A partir del siglo XI, la Iglesia consiguió que prevaleciera la presunción a favor del Derecho romano, y los eclesiásticos que quisieran seguir sometidos a la ley de origen debían hacer una declaración expresa.

b) La mujer casada. Primeramente existía, como hemos dicho, la prohibición de los matrimonios mixtos. El emperador Valentiniano, en el año 365, decretó esta prohibición, con el fin de mantener la pureza de la raza romana. Muy pronto comenzaron las excepciones, primero individuales, después colectivas, hasta desaparecer totalmente. Se reconoció como legítimo el matrimonio mixto, y surgió con ello el problema de la ley aplicable a la mujer casada, resolviéndose que quedaba sometida a la del marido. Los hijos nacidos de estos matrimonios mixtos seguían la ley y nacionalidad del padre.

La territorialidad feudal truncó esta trayectoria histórica y se tradujo en una atomización del Derecho, superior a la de la personalidad de las leyes, pues si con ella podían coexistir cinco o seis Derechos, en la territorialidad feudal, con sus soberanías dispersas, el camino de la unificación retrocedió más, dando lugar a una serie de pequeños Estados feudales,

cada uno de los cuales dictaba su ley, produciéndose un gran fraccionamiento legislativo en el orden territorial.

En Alemania, la territorialidad feudal que sucedió al período de la personalidad de las leyes se manifestó con unos caracteres muy absolutos, si bien la formación de la Liga hanseática representó un progreso, pues sustrajo del feudalismo a algunas ciudades mercantiles, en las que se respetaban los derechos del extranjero y donde se tenían en cuenta las leyes de otros Estados.

En Francia, el feudalismo vino a transformar las 120 ciudades imperiales de la época romana en más de 900 condados, cada uno con su ley propia. Se creó así un feudalismo jurídico tan arraigado que, aun desaparecido el feudalismo político, en la época absolutista de Luis XIV, no pudo imponerse una ley común, y sólo después de la Revolución francesa fueron derogadas las costumbres regionales de la época feudal. Francia, como Alemania, es uno de los países en que el feudalismo enraizó más fuertemente y la unificación del Derecho ofreció mayores dificultades.

En Italia arraigó menos, sobre todo en las ciudades del norte, dedicadas al cultivo de las letras y al comercio. Esta causa determinó que se entablaran frecuentes relaciones entre ellas; y, la necesidad de resolver los problemas que con este motivo se ocasionaban, hizo nacer la teoría de los estatutos.

En cuanto a Inglaterra, al invadirla los sajones, no se establecieron en las ciudades, sino en el *territorium,* creándose los condados y dejando la *civitas* en poder de los romanos. Más tarde se apoderaron de las ciudades, transformándose la *civitas* romana en el condado anglosajón. El burgo y su territorio de-

pendían del condado. Sólo Londres quedó excluído de este régimen, con un núcleo de territorio que fué el origen de la *city*.

En Inglaterra, el régimen feudal fué también un elemento de atomización del Derecho, pero se conservó el Derecho romano como Derecho superior, dándose como en otros pueblos el fenómeno de que el Derecho romano, aun terminada la dominación política de Roma, siguió teniendo un valor positivo por su autoridad moral.

El sistema de la variedad legislativa tiene una primera fase, en la que los pueblos, por el principio de la personalidad de la ley, conservan su ley de origen; después, por los matrimonios mixtos, se borran estas diferencias y termina por adoptarse una ley común. Esta unidad se rompe de nuevo con el feudalismo, aunque sin borrarse la superioridad del Derecho romano, y así las propias legislaciones de los señoríos feudales se ven influídas por él, y además lo reconocen, casi sin excepción, como supletorio.

El retroceso del feudalismo se corrige en parte con la creación del Sacro Romano Imperio. La restauración del Imperio romano por Carlomagno, vino a significar una limitación del poder feudal, y, gracias a él, el Derecho romano conservó carácter de Derecho superior, universal y común, cuya autoridad era reconocida en todo el Imperio medieval. Conviene hacer notar, sin embargo, que no a todos los preceptos del *Corpus juris* se les reconoce carácter de Derecho, sino sólo a los principios esenciales recogidos en los textos usuales y en las interpretaciones de los juristas.

A la ciencia del Derecho romano se agregaba el sentimiento de fraternidad cristiana que determinó la formación de la Etnarquía, a cuya cabeza figuraba el Romano Pontífice, verdadera comunidad jurídica internacional, en la que coexistían todos los pueblos cristianos que acataban la autoridad suprema del Papa. Este sentimiento cristiano influyó en el Derecho internacional privado, al fomentar la vida de relación y al asegurar el reconocimiento de la personalidad humana. En esta obra de progreso jurídico, junto al Derecho romano tiene también intervención el canónico, así como la idea de universalidad, que en plena Edad Media, halla su consagración en la Etnarquía, y en la Moderna es definida por los juristas y teólogos españoles de los siglos XVI y XVII, al concebir la comunidad jurídica internacional en forma hasta hoy no superada.

Las etapas que la Edad Media europea ofrece, según acabamos de ver, esquemáticamente, son:

1.° Personalidad de las leyes. Fusión de razas y Derechos; unificación del Derecho bárbaro por el influjo del romano.

2.° Feudalismo, que rompe el proceso de unificación. Junto a las costumbres feudales, aparecen los estatutos de las ciudades libres.

3.° Renacimiento de la idea imperial y jurídica del Derecho romano, iniciado por los estudios de la Universidad de Bolonia. Universalidad fomentada por el Derecho canónico y las enseñanzas teológicas, que actúan como fuerza de unificación frente al particularismo feudal.

España, al ser invadida por los bárbaros, tuvo una primera fase de dominación de los suevos, alanos y vándalos, en que se encuentra sometida a una civilización primitiva. Vienen luego los visigodos de Ataulfo, más cultos, y ya convertidos al cristianismo, aunque bajo la herejía arriana. El Derecho de estirpe queda entonces limitado a dos pueblos: visigodo y romano, y la afinidad religiosa prepara y facilita su fusión.

Ha sido doctrina generalmente admitida, la de que el sistema de las leyes personales o de estirpe existente en los primeros tiempos de la invasión, lejos de desaparecer, fué consagrado con la promulgación de los códigos de Eurico y Alarico, entendiendo que el primero vino a dar forma escrita al Derecho germánico, y el segundo al romano, hasta que el Fuero Juzgo realizó más tarde la fusión legislativa en el Imperio visigodo español.

Una reciente teoría del profesor García Gallo, apoyada en documentada investigación, pone en tela de juicio aquella doctrina jurídica tradicional, al sostener que los códigos de Eurico y Alarico fueron territoriales. Sin entrar en el fondo de esta cuestión, que a la ciencia histórica corresponde esclarecer, es lo cierto, en todo caso, que la unificación social, facilitada por la unificación religiosa, abrió camino en España antes que en el resto de Europa a la unificación jurídica, y, todavía más de lo que siempre se creyó, según la tesis de García Gallo.

El Fuero Juzgo comienza con una invocación a Dios, como autor supremo y mediato de las leyes humanas, y otra a la unidad interior, como garantía de la unidad legislativa; invocaciones expresivas de que el reino visigodo se asentaba so-

bre una idea religiosa y nacional, de la que fueron clara expresión los Concilios toledanos.

La celebración de matrimonios mixtos, que tan decisivo influjo ejerció en la fusión de razas, tuvo precisa y solemne consagración en el Fuero Juzgo, cuya ley 1.ª, título I, libro III, dice que la *mugier romana pueda casar con omne godo, e que la mugier goda pueda casar con omne romano.*

El proceso de unificación es interrumpido por el feudalismo, el cual tuvo, sin embargo, poco arraigo, como ya se ha dicho. Hubo, en cambio, otro factor, la invasión árabe, que favoreció el sistema de la personalidad del Derecho, pues los mahometanos invasores respetaron las leyes del pueblo visigodo, y asi vemos que los mozárabes (cristianos que vivían entre los árabes) fueron generalmente respetados en sus leyes y en su religión.

Sempere, en su "Historia del Derecho español", cuenta que en Toledo regían, cuando fué conquistada, cinco leyes: el Fuero Juzgo para los mozárabes, el Derecho de Castilla para los conquistadores, las Capitulares de los reyes francos, para los de este origen, el Corán para los mahometanos, y el Talmud para los judíos.

Entre los árabes españoles existieron los reinos de Taifas que recuerdan el feudalismo en lo político, pero no en lo jurídico, ya que dentro de los reinos de Taifas se mantenía el principio de la personalidad del Derecho, y, de otra parte, todos los musulmanes estaban sujetos a la legislación uniforme del Corán.

A medida que la Reconquista avanza y los Reyes simultanean las empresas militares con las legislativas, especial-

mente cuando Alfonso el Sabio promulga las Partidas, nos encontramos con normas más precisas.

La ley XV, título I, Partida 1.ª, dice: "todos aquellos que son del señorío del fazedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos de las obedecer e guardar, e juzgarse por ellas".

De donde resulta que todos los súbditos del territorio a que se extiende la potestad del legislador están obligados a cumplirlas.

"E eso mismo dezimos—sigue la ley—de los otros, que fueren de otro señorío, que fiziesen pleito o postura o yerro en la tierra do se juzgase por las leyes". Es decir, que los que celebrasen un contrato en España, aunque fuesen de otra nación, están obligados por las leyes españolas. "Ca, magüer sean de otro lugar—añade—, no pueden ser escusados de estar a mandamiento de ellas".

En la ley XV, título XIV, Partida 3.ª, insiste en decir: "E si por ventura alegasse ley o fuero de otra tierra que fuese de fuera de nuestro Señorío, mandamos que en nuestra tierra non aya fuerça de prueva; fueras ende en contiendas que fuessen entre omes de aquella tierra, sobre pleyto o postura que ovissen fecho en ella, o en razón de alguna cosa mueble o rayz de aquel logar". Vemos, pues, cómo se precisa más el sistema jurídico de las Partidas al insistir en afirmar que, si los extranjeros invocasen su ley de origen, ésta no puede ser aplicada en Castilla, salvo la excepción final que el propio texto establece.

El Derecho español en los tiempos medievales no tuvo el fraccionamiento que en otros países, ni tardó tanto en lograrse la fusión de razas, ni el feudalismo alcanzó la honda huella que en el resto de Europa. Hubo, en fin, una tendencia

a procurar solución justa a los problemas de Derecho internacional privado, manifestada con máxima autoridad en las Partidas.

Y es que en España la influencia unitaria del fondo romano primitivo—la religiosa y la jurídica—vinieron a fomentar en el Estado visigodo, primero, y en los Estados de la Reconquista, después, la idea de la fusión, fenómeno jurídico general, cuyos progresos repercutieron en el Derecho internacional privado.

El afianzamiento de la Monarquía, con la consiguiente disminución de los señoríos, acrecentó la vida de los municipios, fomentada por el poder real unitario, lo cual determinó la desaparición de los particularismos feudales y de clase.

TEORIAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Lección 4.ª

I.—*Teoría de los Estatutos.*—a) Escuela de Bolonia. Los estatutos y la *lex*. Las dos fases de la escuela de Bolonia: glosadores y postglosadores. b) Escuela francesa del siglo XVI. Características fundamentales de su doctrina. c) Escuela holandesa del siglo XVII. d) Escuela francesa del siglo XVIII. e) Crítica del conjunto de las doctrinas estatutarias. Intentos de renovación en el siglo XIX.

El norte de Italia ofreció en la Edad Media una fisonomía especial originada por el desarrollo de los estudios universitarios, especialmente en Bolonia, y por el gran intercambio mercantil que existió entre las ciudades emancipadas de los señoríos feudales, que vivían una vida propia y autónoma, regida por estatutos distintos. Esta realidad histórica planteaba dos problemas: las competencias legislativas de los diversos estatutos entre sí, y las relaciones de los estatutos con el Derecho romano, como Derecho superior.

La frecuente comunicación entre estas ciudades, por los desplazamientos de estudiantes y comerciantes, determinó la necesidad de fijar por qué ley había de regirse su vida civil y privada. El renacimiento del Derecho romano facilitó la resolución de este problema.

Dos períodos cabe señalar en la escuela de Bolonia, donde por primera vez fueron doctrinalmente tratados los problemas propios de nuestra ciencia. Estos dos períodos son: el de

los glosadores, que se extiende aproximadamente del año 1100 al 1250, y el de los postglosadores, que corre del 1250 al 1400.

Sabido es que la técnica de los glosadores consistía en poner comentarios marginales o interlineales a los textos del Derecho romano, especialmente a la codificación justinianea realizada en la primera mitad del siglo VI.

Los postglosadores no se ceñían ya al reducido espacio que dejaba libre el texto legal, sino que componían comentarios en más amplio marco y con mayor adelanto jurídico.

La primera glosa conocida que aborda problemas de Derecho internacional privado, es comentario a una constitución de los emperadores Graciano, Valentiniano y Teodosio, 1.ª del código *De summa trinitate et fide catholica,* que comienza así: *Cunctos populos, quos clementiae nostrae regit imperium in tale volumus religioni versari qua divinum Petrum apostolum tradidise romanis.* Esta ley, partía del supuesto de la existencia del Imperio, de una parte, y de pueblos extraños a él, de otra, consignando la obligación de guardar la religión católica dentro del Imperio, sin que a ello estuvieran obligados los demás pueblos. De aquí tomaron pie los glosadores para establecer la esfera de competencia de los estatutos de las diversas ciudades, frente al Derecho romano y entre sí.

La conocida glosa de la *Cunctos populos,* alusiva a la ley que debía aplicarse al ciudadano de Bolonia que se trasladase a Módena, dice así: *Quod si Bononiensis Mutinae conveniatur non debet iudicari secundum statuta Mutinae quibus non subest cum dicat: quos nostre clementiae regit imperium.* Atribúyese a Acursio, y es de la primera mitad del siglo XIII.

De la norma contenida en la ley citada, según la cual el emperador no tenía potestad para imponer la religión católica

a quienes no dependieran del Imperio, la glosa deducía que, con mayor motivo, el estatuto de Módena no podía aplicarse a un súbdito de Bolonia.

El método empleado por los glosadores partía del texto justinianeo, pero sin ceñirse estrictamente a su significado. Tomando alguna palabra de él elaboraron teorías que servían a las nuevas necesidades, pero que no habían existido en el ánimo del legislador romano, a la sombra de cuyas disposiciones se iba elaborando así una doctrina nueva.

La escuela de los glosadores de Bolonia es la primera que aborda y resuelve problemas de Derecho internacional privado; el origen de nuestra ciencia hay que buscarlo allí. El juicio de la crítica es concorde en reconocer esta precedencia histórica. Difieren, en cambio, los autores cuando se trata de valorar jurídicamente la doctrina elaborada en las glosas. No todos la aprecian igualmente; las divergencias son en este punto muy marcadas. Algunos tratadistas hacen una crítica demasiado severa del sistema de los glosadores. Les dirigen, entre otras, la acusación de que se limitaban a un mero juego de palabras y muchas veces decidían si un estatuto debía aplicarse a las personas o a las cosas, simplemente porque el texto legal empezara por aludir a unas o a otras.

Sin embargo, esta crítica es injusta y no responde enteramente a la realidad. Los glosadores tomaban un texto en el que veían una relación más o menos remota con el problema que trataban de resolver, y, mirando a la relación jurídica de índole mixta, decidían cuál era el estatuto mejor para regirla. Es cierto que las glosas se perdían a veces en disquisiciones verbalistas minúsculas, pero estos detalles no pueden quitar importancia a la obra de aquella escuela, que

tiene hoy un reconocido haber positivo, al que la más reciente crítica científica hace justicia, especialmente después de las investigaciones de Lainé, desde el punto de vista de su valor histórico.

Los dos postglosadores más autorizados de la escuela de Bolonia son Bártolo de Sassoferrato y Baldo de Ubaldis, cuya doctrina responde a las características señaladas. No tenían prejuicio para aplicar una solución determinada, sino que examinaban las distintas categorías de relaciones jurídicas, para aplicar a cada una la norma más adecuada a su peculiar naturaleza.

En relación con el Derecho romano, los estatutos eran considerados como excepciones a una regla, y de aquí que se les asignara un carácter estrictamente territorial. En sus relaciones mutuas, los estatutos, por el contrario, tenían el mismo rango; y, caso de conflicto entre ellos, la escuela de Bolonia aplicaba el que les parecía más aconsejado por la razón, después de un minucioso análisis.

Conforme a este método exegético, y dentro siempre de un complicado cuadro de divisiones y subdivisiones para ordenar jerárquicamente las distintas categorías jurídicas, los postglosadores abordaron estos dos problemas, anverso y reverso de una misma cuestión: 1.º Si el estatuto local era aplicable a los extranjeros que se encontraban en el territorio de la ciudad. 2.º Si el estatuto local seguía al ciudadano fuera de su territorio.

A los extranjeros, estimaba procedente Baldo aplicarles la ley del domicilio. A los súbditos, donde quiera que se hallasen, debía seguirles, en sentir de Bartolo, su ley personal.

El matrimonio se regulaba por la ley del lugar de cele-

bración, en cuanto al vínculo y a los efectos, hasta que el Derecho canónico vino a establecer la unidad legislativa.

En materia de sucesiones, a excepción de Saliceto que prefiere, en principio, la ley de origen y la universalidad de la transmisión hereditaria, los postglosadores, y en primer término Bártolo, optan por el fraccionamiento de la sucesión, aplicando, en general, a los bienes la *lex rei sitae,* y a la persona, el estatuto personal, si es favorable, o el Derecho común.

Los bienes inmuebles se regían por la *lex rei sitae,* en tanto que los bienes muebles, de escasa estimación en aquella época, quedaban sometidos a la ley del domicilio.

La forma de los actos era gobernada por la regla *locus regit actum.* La sustancia y validez del contrato, por la ley del lugar de celebración; las modalidades de ejecución, por la *lex loci executionis.*

En materia procesal, Baldo distinguía entre *ordinatoria litis* y *decisoria litis.* La *ordinatoria litis* (que es la verdaderamente procesal, pues la otra afectaba ya al fondo del asunto) era regulada por la *lex fori.*

En el orden penal, confundido originariamente con el civil, para la existencia del delito y aplicación de penas al extranjero, se requería, en principio, que el delito estuviera definido por el Derecho común. En otro caso, el extranjero podía alegar ignorancia, salvo si vivía ya largo tiempo en la ciudad.

Punto común a los tratadistas de esta escuela, era la distinción entre estatutos favorables y odiosos; la consecuencia que derivaban es que al súbdito, cuando va al extranjero, no le sigue su estatuto más que si le favorece. Si es odioso, no tiene validez extraterritorial. Para saber cuándo un estatuto es odioso, entendieron que este carácter dependía de que, en relación con

el Derecho romano común, representara una limitación que perjudicase al extranjero, esto es, fuese una especie de excepción al mencionado Derecho común, que entraba en juego como Derecho superior en cuanto beneficiara al súbdito de ajena ciudad.

Digamos, para terminar esta rápida ojeada de la doctrina estatutaria italiana, que no siempre coincidían sus definidores en la elección de la ley aplicable, ni en la concreta calificación de estatutos favorables y estatutos odiosos. Así, las opiniones diferían al calificar la naturaleza del estatuto en virtud del cual, por ejemplo, los cónyuges no pudieran dejarse bienes por actos de última voluntad. Baldo lo estimaba odioso, porque coartaba la libre disposición de los cónyuges. Bártolo, en cambio, lo creía favorable, por constituir una garantía que preservaba al propio testador de una posible coacción moral.

Fué tan universal la autoridad científica de la escuela de Bolonia que, al rodar de los años, hubo escritores de otras naciones que la tomaron como modelo; y así, Carlos Dumoulin, gran jurisconsulto francés del siglo XVI, fué en su patria un continuador de la escuela y de la técnica de los postglosadores italianos.

Las costumbres francesas tenían tradición tan arraigada, que subsistieron al desaparecer los señoríos feudales y organizarse la Monarquía absoluta, hasta la Revolución francesa, conservando su vigencia al lado de las leyes emanadas de la autoridad real. Este fenómeno se explica por la importancia capital que el feudalismo atribuyó a la tierra, no ya sólo en el orden politico sino en el jurídico, para las cosas y también para las personas, incluso para decidir acerca de la cualidad de siervo

o libre. El hombre era un accesorio de la tierra. De aquí la inclinación a resolver los problemas de Derecho internacional privado a favor de la ley territorial.

Dumoulin, no obstante su nacionalidad y el período en que vivió, cuando aun seguía viva la territorialidad de las costumbres, no se amolda a la doctrina jurídica imperante en Francia, sino que sigue la tradición de la escuela de Bolonia y comenta el Derecho romano y las costumbres francesas con el fin de abrir una brecha en aquel sistema, rígidamente territorialista.

Distingue las leyes relativas a la forma de los actos y al procedimiento, y las que se refieren al fondo de la relación jurídica; hace de estas segundas una clasificación, según se trate de actos total o parcialmente entregados a la voluntad de las partes o sean, por el contrario, derechos y relaciones que dependan exclusivamente de la ley, y subdivide esta última categoría en dos grupos, según fueren reales o personales.

Se ve en Dumoulin la influencia directa de la doctrina italiana; sin prescindir de la regla de la territorialidad de las leyes, no la eleva a la categoría de principio, y representa una transición entre la escuela de Bolonia y la francesa del siglo XVI.

El representante más caracterizado de la escuela francesa del siglo XVI es Beltrán D'Argentré, jurisconsulto bretón, magistrado e historiador, que vivió de 1519 a 1590 y publicó un *Comentario de las Costumbres de Bretaña.* Era noble y originario de una región eminentemente feudal, todo lo cual se refleja en su doctrina.

Tres son las características que Lainé señala en su estudio histórico-crítico de esta teoría:

1.ª Todas las leyes están repartidas en dos clases: estatutos reales y estatutos personales.

D'Argentré se ocupa de esto en su disertación sobre el art. 218 de las costumbres de Bretaña, que lleva por encabezamiento *De statutis personalibus et realibus*. Rechaza las distinciones analíticas de Bártolo y su escuela, y afirma que sólo existen estatutos reales y personales.

Advirtamos que las palabras real y personal pueden tener dos acepciones: a) pueden referirse al objeto de la ley, ya afecte a personas, ya a cosas; b) pueden servir para expresar el radio de aplicación de la ley, según que el estatuto tenga una validez territorial o extraterritorial.

Así, por ejemplo, en el primer sentido, será estatuto real el que se refiere a bienes inmuebles, y personal el que haga referencia al estado y capacidad de las personas. En el segundo sentido, real es el que rige dentro del territorio, y personal, el que trasciende más allá de las fronteras.

El defecto capital de la escuela francesa del siglo XVI es reducir a sólo dos categorías todos los estatutos, y dar una preeminencia casi exclusiva al estatuto real, quedando relegado el personal a muy secundaria categoría.

No todos los elementos y aspectos de una relación jurídica pueden encuadrarse en esta clasificación; tal ocurre, por ejemplo, con la forma de los actos jurídicos. Ya D'Argentré percibió esta dificultad, y añadió una tercera categoría, la de los estatutos mixtos.

Esta tercera categoría acentúa el carácter realista de la escuela de D'Argentré, pues al estatuto mixto le atribuía ca-

rácter territorial, viniendo a encuadrarse así con el real y representando, por tanto, un nuevo elemento que D'Argentré añade a su regla general.

2.ª La realidad o territorialidad de las leyes es la regla; la personalidad de ciertas leyes no es admitida sino a título de excepción. Este principio se resume en la frase "todas las costumbres son reales", entendiéndose esta expresión en el sentido de que la ley territorial es la que domina.

De las dos interpretaciones que antes dijimos pueden darse a la palabra real, D'Argentré elige la segunda, atribuyendo así al término estatuto real un sentido de estricta aplicación de la ley del territorio. Si hubiese adoptado la otra interpretación, no habría podido aplicar la ley territorial a las relaciones que miran a las personas.

3.ª La territorialidad de las leyes deriva de la soberanía feudal de las costumbres; la personalidad está fundada en la idea de justicia.

Hállase esta regla en contradicción lógica con los otros principios de la escuela, porque si se establece desde un punto de vista jurídico como norma el absoluto dominio de la ley territorial, no parece lógico admitir a la vez la posibilidad de la aplicación del estatuto personal – aunque sólo sea por vía de excepción – basándolo en la idea de justicia.

Se explica, no obstante, esta contradicción, porque D'Argentré, influído por el espíritu feudal que dominaba de un modo especial en Bretaña, no era, sin embargo, indiferente ni del todo extraño a las doctrinas de la escuela de Bolonia, que él cultivó; y esta reminiscencia le hacía sentir un atisbo de influencia del principio personal. De todos modos, la escuela francesa del siglo XVI, en relación con la escuela de Bolo-

nia, representa un retroceso, por el excesivo predominio que da al estatuto real, con menoscabo de la aplicación del personal.

La escuela holandesa del siglo XVII, aunque sin dejar de sentir el lejano influjo de la escuela italiana, acentúa todavía más el sentido territorialista. Ha sido frecuente creer que este territorialismo era debido a una reacción nacionalista frente a la dominación española en los Países Bajos, pero no es así; y prueba de ello es que los dos autores más representativos de esta escuela, Huber y Juan Voet, escribieron sus tratados con posterioridad al término de nuestro poder político en aquellos territorios.

El realismo de esta escuela se debe más bien al agudo sentimiento de autonomía que entre sí tenían las repúblicas federadas constituídas después de la paz de Westfalia, muy celosas de su independencia jurídica, por ir ligada a privilegios políticos que querían conservar.

Los representantes más caracterizados son: Huber, Juan Voet, Burgundio, Rodenburgh y Pablo Voet. Todos ellos parten del mismo principio que la escuela francesa del siglo XVI, es decir: "todas las costumbres son reales". Aceptan en algunos casos la aplicación del estatuto extranjero, mas no ya en nombre de la idea de justicia, sino en virtud de la *comitas gentium* o cortesía internacional.

Juan Voet establece que el *summum jus* o Derecho estricto, es la aplicación exclusiva del estatuto real, y la excepción, la aplicación del Derecho extranjero por razón de cortesía internacional, de una mutua condescendencia, por la que cada Estado hace producir un cierto efecto a las leyes dadas y a las

sentencias dictadas en el extranjero, inspirándose en su propio interés para evitar a sus súbditos en aquellas otras naciones vejámenes y dificultades que les ocasionaría la dura ley del talión.

Esta escuela, más radical desde el punto de vista territorialista que la francesa del siglo XVI, es en cambio más lógica en su construcción, pues las excepciones guardan congruencia con la regla general que establece, ya que se admiten no en nombre del Derecho, como lo hacía le escuela francesa, sino por cortesía, razón extrajurídica.

La escuela francesa del siglo XVIII se mantuvo dentro de la técnica de la escuela de D'Argentré, pero abrió más amplio camino a la admisión del estatuto personal.

Sus más caracterizados representantes son Froland, Boullenois y Bouhier. Los dos primeros eran abogados de París, y el tercero, presidente del Parlamento (tribunal de Justicia) de Dijon.

Froland, en sus *Memorias,* hizo una erudita compilación de costumbres y jurisprudencia, y puso de relieve en sus comentarios numerosos problemas propios de nuestra especialidad, pero mostró grandes vacilaciones al pronunciarse por cualquier solución. Bouhier decía irónicamente de Froland: "es un excelente almacén de razones para dudar, que no van siempre acompañadas de razones para resolver".

Mayor aportación doctrinal se debe a Boullenois y a Bouhier. Independientemente de la labor que cada uno de ellos hubo de realizar, la asidua comunicación personal que mantuvieron, contribuyó no poco a completar recíprocamente sus ideas, ya

que el uno veía los problemas con ojos de abogado y el otro, de juez.

Lainé dice de Boullenois que el espíritu de la escuela de Bolonia anima su doctrina, audaz en teoría, prudente en la práctica.

En cuanto a Bouhier, basta para apreciar el sentido de su doctrina con esta frase tomada del segundo de los capítulos que, en sus *Observaciones acerca de las costumbres de Borgoña,* consagra a los conflictos de leyes: "¿No es más conveniente atraer la jurisprudencia a los principios que someter los principios a la jurisprudencia?".

La escuela francesa del siglo XVIII aun cuando mantiene el rótulo clasificador de los estatutos en personales y reales, se aparta del principio "todas las costumbres son reales"; procede con independencia de criterio, y vuelve al método seguido por Bártolo y su escuela. Analiza la naturaleza de cada relación jurídica y, en caso de duda, se pronuncia por el estatuto personal.

Se nota aquí más la influencia de la escuela de Bolonia, debido a que las circunstancias históricas del feudalismo, que tanto influyeron en D'Argentré, cambian en el siglo XVIII.

En el siglo XIX, algunos juristas, como Foelix y Vareilles-Sommières, han intentado renovar la teoría de los estatutos, sin sujetarse en un todo, aun cuando nominalmente la recuerden, a la rígida clasificación bipartita, insuficiente para dar cabida a toda la gama de categorías jurídicas.

El estatuto real es entendido por aquellos autores como sinónimo de territorial, y lo consideran principio básico de su doctrina. "Cada nación—dice Foelix—, posee y ejerce sola y exclusivamente la soberanía y la jurisdicción en toda la ex-

tensión de su territorio". El reverso negativo, igualmente territorial, lo define Vareilles-Sommières con estas palabras: "Ningún Estado, ninguna nación puede por su leyes afectar directamente, ligar o regular objetos que se encuentren fuera de su territorio, u obligar a personas que en él no residan, le estén o no sometidas por su nacimiento...".

No obstante el rigor territorialista de los principios que quedan enunciados, sus autores admiten luego importantes excepciones, aun cuando más de una vez las presenten como interpretación de cuál ha de ser la ley territorial aplicable. Y así, por ley territorial, entienden la del territorio donde las partes están domiciliadas, o la del territorio que éstas hayan elegido, o la del lugar de ejecución de un determinado acto. Su técnica recuerda, pues, más bien la de los postglosadores italianos que la de la escuela francesa.

Estos ensayos de renovación de la teoría de los estatutos, no tuvieron tan sólo una significación doctrinal; ejercieron, además, positivo influjo en algunas de las codificaciones que durante el siglo XIX se hicieron en Europa, no obstante tratarse de una tardía galvanización de teorías ya superadas.

Si abarcamos con una mirada de conjunto las escuelas estatutarias, advertiremos bien pronto que no cabe englobarlas en un juicio sintético que a todas por igual alcance, ya que su trayectoria, aun teniendo un hilo de enlace doctrinal y de continuidad cronológica, presenta una curva con alternativas de ascenso y depresión.

Fuera injusto el querer apreciar aquellas teorías con un criterio rigurosamente jurídico. Han de tenerse, además y muy especialmente, en cuenta los factores históricos que influyeron

en su desarrollo, a través de las circunstancias de lugar y de tiempo, en naciones diversas y a lo largo de siete siglos de sucesiva y dispersa elaboración.

La influencia del medio social es tan patente, que se da el caso singular de que la escuela de Bolonia, aun siendo muy anterior a la francesa del siglo XVI y a la holandesa del siglo XVII, las supera en sentido jurídico, y lo mejor que estas dos últimas ofrecen es el sedimento que conservan de la doctrina de los postglosadores; como el retorno, en cierto modo, a la técnica de Bolonia, caracteriza el adelanto de la escuela francesa del siglo XVIII, con relación a las otras dos escuelas que le precedieron.

Nota común a todas ellas—incluso a la de D'Argentré, nacida en un medio eminentemente feudal—es el abrir, en una u otra medida, con uno u otro carácter, camino a la aplicación de la ley extranjera; lo que, en definitiva, constituye la esencia misma del Derecho internacional privado, cuyas primeras palabras se pronunciaron en la Bolonia medieval, siquiera fuese con los balbuceos propios de toda iniciación.

Lección 5.ª

II.—*Teorías clásicas.*—a) Escuela anglosajona. El Derecho consuetudinario de los burgos y el *common law.* Doctrina de Austin y de Story acerca de la soberanía territorial. La *comitas gentium.* b) Escuela italiana de Mancini. El principio de nacionalidad. Leyes necesarias y voluntarias. Continuadores de la escuela, en otras naciones. c) Escuela de Savigny. Límites del imperio de las leyes. La comunidad jurídica internacional. Método para elegir la ley aplicable.

Si las teorías estatutarias tienen por propio derecho primacía histórica en nuestra ciencia, las teorías clásicas del moderno Derecho internacional privado, desarrolladas a lo largo del siglo XIX, representan el tránsito de aquellas primeras doctrinas a las teorías contemporáneas. La importancia de estas escuelas clásicas, no es meramente histórica sino actual, porque en ellas hay que buscar, salvo modalidades de concepción que no afectan a la sustancia de la doctrina, el entronque de las más recientes teorías en Derecho internacional privado.

Para procurar abarcarlas en una sintética clasificación, examinemos las principales tendencias clásicas, que cabe reducir a tres: la territorialista anglosajona, la personalista italiana y la de comunidad jurídica internacional de Savigny.

El territorialismo anglosajón, nació principalmente de tres factores: a) las peculiaridades del feudalismo en Inglaterra; b) el concepto inglés de la soberanía, y c) otro factor, el más

específico de nuestra disciplina, la influencia de la escuela holandesa del siglo XVII. Digamos separadamente unas palabras acerca de cada uno de estos factores:

Al producirse la invasión anglosajona, se procedió en Inglaterra al reparto de tierras por el Rey entre los nobles. El derecho de propiedad iba acompañado del ejercicio de la jurisdicción. De ahí que la invasión normanda encontrara ya el ambiente muy preparado para el arraigo del feudalismo.

Las jurisdicciones locales vinieron a ser, a la vez que múltiples, heterogéneas, formándose una variada gama que iba desde los señoríos regidos por condes palatinos, con jurisdicción absoluta sobre el territorio y las personas en él residentes, hasta los municipios regidos por un noble que ejercía un poder o jurisdicción más bien de policía y dentro de los límites que en el privilegio le concedía el Rey.

Enrique II centralizó la justicia, no ya sólo como soberano de los ingleses, sino como señor de los señores feudales. La tierra interesaba a la Corona, como asiento político del reino y como dominio privado del Rey cedido a los señores. De aquí que el pago de los tributos por parte de quien poseía y labraba la tierra, se hacía al señor feudal y al Rey por el doble concepto de renta satisfecha a la propiedad y de impuesto debido a la soberanía.

Era principio establecido, congruente con esa mezcla de derechos públicos y privados, que toda cuestión referente a la tierra quedaba reservada a la Corona. No desaparecían por ello las jurisdicciones locales, pero sí estaban sometidas a estas tres importantes limitaciones que se reservaba la jurisdicción real: la orden del Rey (llamada *writ of right*) para acudir ante el tribunal del señor, sin la que ningún poseedor esta-

ba obligado a comparecer por cuestiones relativas a la tierra; la institución de los jueces ambulantes creados por Enrique II, que entendían en esta clase de litigios; y una última instancia ante la Curia Regia, con la que se lograba unidad de jurisdicción y unidad de jurisprudencia, materia esta última de tan capital importancia en el Derecho inglés.

Así se forma el *common law* o Derecho común, que convive con el Derecho local de los burgos, consuetudinario, primero, y recopilado, después, en estatutos de que son ejemplo el *Liber Albus* de Londres y el *Red Book* de Bristol.

No existía notable diferencia entre estos estatutos de las ciudades, por el frecuente intercambio que las relacionaba. Sí lo había, en cambio, entre las costumbres de los señoríos, y todavía más entre el Derecho consuetudinario y el *common law*. Este último desempeñaba en Inglaterra el mismo papel de Derecho superior que el Derecho romano en los pueblos que dependieron del Imperio.

El *common law* regía para los no sujetos al estatuto local, pero con distinta legislación para los extranjeros no británicos y para los naturales de otras ciudades de Inglaterra. La legislación para los extranjeros propiamente dichos, era la más delicada y la que principalmente atrajo la atención de la Corona. Las disposiciones del Derecho común eran más favorables a los extranjeros que las reglas exclusivistas y cerradas de los estatutos locales. El de Londres, por citar un ejemplo, prohibía a los extranjeros vivir en la ciudad más de cuarenta días, vender al por menor y alquilar casa. La Carta Magna, perteneciente al *common law*, permitía, en general, a los extranjeros el acceso y residencia en el territorio. Este contraste se explica por el distinto ángulo visual en que uno

y otro legislador estaban situados: particularista y local, el de los burgos; superior y nacional, el del Reino.

Conviene advertir que el *common law* no fué elaborado a manera de Código sistemático y homogéneo, sino de recopilación heterogénea en cuanto al contenido, aunque uniforme y nacional en el valor de sus fuentes y en el alcance de sus normas. Junto a las normas civiles, que formaban el núcleo principal, y en cuya elaboración influyó considerablemente a partir del siglo XII el Derecho romano, regía también, con rango de Derecho común, el Derecho canónico en materias mixtas tales como el matrimonio, y la *lex mercatoria,* o conjunto de normas aplicables a las transacciones mercantiles, con valor superior a los estatutos locales y jurisdicción propia ejercida por tribunales especiales constituídos en las ciudades del litoral, entre los que tan especial significación tuvo el llamado *Tribunal de los cinco puertos.*

Señalemos, en fin, que el renacimiento romanista, las Cruzadas y el desarrollo mercantil fueron tres factores de universalidad, reflejada en el valor jurídico, universal también, que durante aquella época alcanzaron el Derecho romano, el Derecho canónico y la propia *lex mercatoria.*

La territorialidad incubada por el feudalismo, pudo verse eficazmente contrarrestada por estos tres factores de universalidad. Sin embargo, la Reforma protestante vino a romper la doctrina de Derecho público que, a fines de la Edad Media, dominaba en Inglaterra, según la cual, "por encima del Rey está la Ley", y, si el Rey la contraviniese, será juzgado por Dios; doctrina católica que el protestantismo desechó y vino a sustituir por esta otra: "la Ley es producto de la voluntad del Rey, asistido por el Parlamento".

Suprimida así la *ratio* y erigida en fuente legal única y soberana la *voluntas*, quedó abierto el camino a la filosofía absolutista de Hobbes y a la doctrina política de Austin. Austin define la soberanía como el poder que no acostumbra a obedecer sino a ordenar, y de ello deduce que el Rey con el Parlamento tienen autoridad omnímoda, sin freno posible que no salga de su propia voluntad.

Para esta escuela, sólo es Derecho el del Estado. Aplicada semejante doctrina al Derecho internacional, conduce a su negación.

Las tradiciones feudales y las doctrinas políticas que quedan apuntadas, explicarían ya por sí solas el predominio de la concepción territorialista en el sistema anglosajón de Derecho internacional privado. Mas no fueron esas las únicas razones. Todavía hubo otra, específicamente propia de nuestra ciencia: el influjo doctrinal decisivo de la escuela holandesa del siglo XVII, cuyas doctrinas fueron importadas a Inglaterra (de donde luego pasaron a la América anglosajona) por los estudiantes británicos que siguieron estudios en las Universidades de Holanda, especialmente, en tiempos de la dinastía de Orange.

Las dos notas características de la teoría holandesa encajaban perfectamente en el medio social, político y jurídico anglosajón; de un lado, el principio de territorialidad absoluta de la ley, sin limitación alguna fundada en el Derecho; de otro, la admisión a título excepcional de la ley extranjera, por razones de cortesía internacional y de utilidad recíproca. Razones estas últimas que respondían a las necesidades del comercio internacional, tan fuertemente sentidas en Inglaterra y que sobrevivieron al declinar de los otros dos factores

de universalidad antes señalados: el Derecho romano y el Derecho canónico.

La teoría anglosajona pura, definida por el tratadista clásico Story, puede ser sintetizada en esta frase: el Estado es absolutamente omnipotente dentro del territorio, y absolutamente impotente más allá de las fronteras.

Para Story—como antes de él para la escuela holandesa—el Derecho internacional privado, definido en su *Conflicto de Leyes* (1834), se funda en la cortesía internacional, en el interés y utilidad mutuas y en una especie de necesidad moral de hacer justicia, para que la justicia sea, en cambio, rendida por los demás Estados. La doctrina de Story ejerció gran influjo en los autores anglosajones clásicos de uno y otro lado del Atlántico (Wheaton, Wharton), aunque algunos de ellos (Phillimore, Westlake) rechazaron la concepción positivista y sustituyeron la idea de la *comitas* por la idea de justicia. La influencia doctrinal de Savigny llevó a estos autores a considerar la esencia de cada relación jurídica para aplicarle la norma que mejor responda a su naturaleza.

Así como la escuela anglosajona representa la extrema territorialista en Derecho internacional privado, así la escuela clásica italiana representa la extrema personalista. Su jefe y definidor, Mancini. después de haber proclamado en Derecho internacional público, con la mira puesta en el logro de la unidad de Italia, su teoría de las nacionalidades, trasplantó el mismo principio nacional al Derecho internacional privado. Construyó en este orden su doctrina sobre la base de que toda nación o Estado tiene su propio Derecho, y este Derecho debe, en principio, seguir siempre al ciudadano a

donde quiera que vaya, y recibir aplicación por parte de los demás Estados.

Sentado este principio cardinal, clasifica Mancini las leyes en dos categorías: necesarias y voluntarias: 1) Necesarias, las que imperativamente rigen la vida civil del nacional, aun cuando se traslade al extranjero. Tal ocurre con las relativas al estado y capacidad de las personas, familia y sucesiones. 2) Voluntarias, las que, aun dando primacía a la ley nacional, dejan un margen a la voluntad de los individuos para determinar la ley aplicable, con la sola limitación del orden público internacional. A esta categoría pertenecen las leyes relativas a los bienes y a los contratos en general.

La teoría de Mancini, cuyo interés es más bien político e histórico que jurídico y actual, no dejó de ejercer influjo aun en el orden doctrinal y científico, incluso fuera de Italia y en este siglo, como lo confirma la teoría de la personalidad del Derecho, del tratadista contemporáneo francés Weis, directamente inspirada en la doctrina de Mancini, que sienta igualmente el principio de la ley nacional, con sólo estas tres limitaciones: 1) el orden público internacional; 2) la regla *locus regit actum;* 3) la autonomía de la voluntad.

El belga Laurent fué un panegirista de la teoría de Mancini, pero juzgándola con un criterio de valoración histórica más bien que de aceptación doctrinal.

La teoría clásica italiana influyó considerablemente en la adopción de la ley nacional como reguladora del estatuto personal, al verificarse la obra codificadora de la segunda mitad del siglo XIX en Europa.

Los autores italianos contemporáneos le son, por regla ge-

neral, adversos, y hacen de ella una severa crítica. Citemos, por vía de ejemplo, el juicio que merece a Diena y a Anzilotti.

Diena declara aceptable aquella parte de la doctrina de Mancini, por la que se someten a la ley nacional los derechos y relaciones que miran a la persona, a la familia y a las sucesiones. Rechaza, en cambio, la calificación de voluntarias que Mancini atribuye a las leyes reguladoras de bienes y contratos, por ser en gran parte, sobre todo las relativas a los bienes, tan necesarias como las referentes a las personas.

Anzilotti reconoce la existencia de leyes imperativas que no permiten una derogación por la voluntad de los individuos, al lado de otras no susceptibles de determinada autonomía. Lo que no cabe admitir, añade, es que esta división de las leyes en necesarias y voluntarias corresponda a la clasificación de Mancini, según la cual, son necesarias las leyes relativas al estado y capacidad, familia y sucesiones, y voluntarias las referentes a los bienes y a las obligaciones. Cierto que, en materia de familia y sucesiones, la mayoría de las disposiciones son necesarias y se imponen obligatoriamente a la voluntad de los interesados; mas siempre queda en ellas un margen posible a esta voluntad. Así, en cuanto al régimen económico de la familia, aunque haya un régimen legal, cabe un contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio, en el que se adopte un régimen diverso por voluntad de las partes, dentro de las prescripciones de la ley.

Inversamente, tratándose de bienes y obligaciones, es absurdo sostener, como Mancini decía, que nos encontramos en pleno dominio de la voluntad, con la sola limitación del orden público internacional, pues éste—como en su lugar oportuno veremos—es tan solo una excepción a la aplicación de la ley ex-

tranjera; supone que una ley extranjera, a la que normalmente correspondería regir una relación jurídica, no se aplica por hallarse en contradicción con reglas obligatorias frente a todos, nacionales o extranjeros, dentro del territorio de un Estado. En materia de bienes, no ocurre así, pues todo lo referente a la propiedad y, en general, a los derechos reales, queda sujeto a ley del territorio, como regla y no como excepción, aun cuando el titular del derecho fuese un extranjero. La excepción del orden público internacional de Mancini no puede darnos, por tanto, satisfacción, pues no se trata de leyes voluntarias sino necesarias.

Savigny no fué un escritor internacionalista sino un gran civilista, jefe de la escuela histórica. En el tomo octavo de su obra maestra acerca del Derecho romano, aborda el problema de los límites del imperio de las leyes, en el tiempo y en el espacio.

Empieza por una afirmación fundamental, cual es la existencia de una comunidad de Derecho por encima de la diversidad legislativa; fenómeno que puede darse en el interior de un Estado donde coexistan legislaciones diversas, o por encima de las fronteras de los Estados y con transcendencia al orden internacional privado.

Ningún legislador debe traspasar los límites impuestos por la existencia de la comunidad y por la naturaleza misma de la relación jurídica, que reclaman, de una parte, el respeto a las demás competencias legislativas y, de otra, la aplicación de la ley más adecuada a la propia relación de que se trate.

Savigny aborda, como hemos dicho ya, la diversidad le-

gislativa interna, al propio tiempo que la internacional. El tratamiento dado a uno y a otro problema no puede ser, sin embargo, el mismo, ya que esa comunidad de Derecho es más fuerte cuando se trata de leyes diversas dentro de un Estado, que cuando se refiere a leyes de diferentes Estados soberanos no sometidos a una misma autoridad común, en cuyo caso, la discrepancia legislativa puede ser más fundamental y exigir la aplicación del orden público internacional o, lo que es lo mismo, la no aplicación de la ley extranjera en dos casos: 1) Cuando pugne con normas prohibitivas de carácter rigurosamente obligatorio. 2) Cuando se trate de instituciones desconocidas en el Estado donde se quieran hacer valer.

Definidos estos principios, Savigny viene a fijarlos en el espacio para poner límites a la actividad del legislador, y así dice que a cada relación jurídica hay que aplicarle la ley más conforme con su peculiar naturaleza.

Al hablar de estos principios, Savigny no entendía por ley personal la ley nacional sino como la del domicilio, tanto en el orden interno como en el internacional.

En cuanto a los bienes, rompe con la tradición dominante desde las teorías estatutarias, según la cual los bienes muebles se regían por la ley personal y los inmuebles por la *lex rei sitae*. Savigny aplica a unos y otros la ley del lugar donde se encuentran, en todo cuanto mire a los bienes objetivamente considerados; acertada innovación en nuestra ciencia.

En lo que concierne a obligaciones y contratos, da como norma aplicable la *lex loci executionis;* criterio aceptable en cuanto a las modalidades de ejecución pero no en lo relativo a la sustancia del contrato, como en la *Parte Especial* veremos.

Estas observaciones de detalle no quitan ningún mérito a la

doctrina de Savigny en sus bases fundamentales: existencia de una comunidad de Derecho, y aplicación a cada relación jurídica de la norma más conforme con su naturaleza; principios que siempre tendrán un valor de justicia permanente.

La doctrina de Savigny ejerció su influjo en autores de distintas nacionalidades, como los alemanes De Bar y Zitelmann, los anglosajones Westlake y Phillimore, el ruso Martens, los franceses Despagnet y Audinet, los italianos Diena y Donati y el holandés Asser.

Lección 6.ª

III.—*Teorías nacionalistas.*—Separación del ordenamiento jurídico internacional y el interno. Carácter puramente nacional del Derecho internacional privado. Teoría de los derechos adquiridos en la doctrina anglosajona. Escuelas de Harvard y de Yale. Teoría alemana de la norma unilateral. Sistemas de Arminjon y de Bartin, en la doctrina francesa. Teorías italianas de la incorporación material y de la incorporación formal. Crítica.

Antes de abordar el estudio de las teorías nacionalistas contemporáneas importa advertir, para evitar confusiones, que nada tienen de común con la teoría de la ley nacional proclamada por la escuela clásica italiana.

Las teorías nacionalistas representan, por el contrario, en Derecho internacional privado una reacción en sentido territorial, absolutamente inverso al principio de la ley personal que inspiraba la doctrina de Mancini.

Nota común a las teorías nacionalistas es, en efecto, la afirmación del principio territorialista; en otras palabras, la doctrina de que el Derecho internacional privado es parte integrante del Derecho interior de cada Estado, y a éste corresponde exclusivamente dictar sus normas. A partir de tal principio, común a todas las teorías nacionalistas y que sirve para caracterizarlas en el cuadro total de nuestra ciencia, asoma ya la diversidad y aun la contraposición de sistemas enderezados a dar una explicación jurídica a esta doctrina.

El entronque de estas teorías, aun cuando no siempre lo

declaren sus autores, hay que buscarlo en la escuela clásica anglosajona y, más allá de ella, en la escuela holandesa del siglo XVII. Se resume en la competencia legislativa absoluta del legislador territorial, sin otro límite que su propia voluntad movida, ya sea por razones extrajurídicas, tales como la *comitas gentium,* ya por razones jurídicas, en cuya definición aparecen las discrepancias entre las diversas doctrinas nacionalistas.

Dos problemas habían de afrontar estas escuelas, para sostener su criterio fundamental, consistente en la negación de todo carácter internacional a nuestra disciplina y en su total absorción por el Derecho interno: de una parte, la existencia de normas internacionales contenidas en los tratados o nacidas en la costumbre; de otra, la aplicación que los tribunales del propio Estado hacen del Derecho extranjero, ajeno al Derecho interno que tales doctrinas declaran ser única fuente del Derecho internacional privado.

El primero de estos problemas se ha pretendido resolver con el argumento que examinamos y rebatimos ya, al hablar de las fuentes, fundado en que las normas de los convenios no son directamente aplicables en Derecho internacional privado si antes no pasan por el cauce legislativo interior.

La concepción nacionalista, especialmente en la doctrina alemana, parte del supuesto de la rigurosa separación entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional; sostiene, en consecuencia, que el Derecho internacional privado tiene forzosamente que ser, o todo él internacional, o todo él interno; descarta la primera hipótesis, y afirma que la segunda debe prevalecer.

Toda esta argumentación parte del supuesto de la separación absoluta entre los dos ordenamientos jurídicos, interior e internacional, y la imposibilidad subsiguiente de que ninguna rama jurídica pueda recibir sus normas de ambos Derechos; doctrina de absoluta rigidez, que recuerda aquella otra de ciertas escuelas estatutarias, según la cual, todos los estatutos habían de ser forzosamente personales o reales, y, si bien aceptaron más tarde los mixtos, incurrieron en la notoria inconsecuencia de incluirlos entre los reales, no obstante haber reconocido la especialidad que los distinguía y singularizaba frente a la clasificación bipartita.

La completa libertad del legislador interno en Derecho internacional privado dentro de su territorio, sin sujeción a ninguna norma internacional (base fundamental de la doctrina nacionalista) difícilmente puede ser sostenida con razones que la justifiquen. Incluso autores como Niemeyer, mantenedores de esta doctrina en términos absolutos, admiten, sin embargo, una excepción: las normas adoptadas en convenios internacionales.

Las excepciones son más numerosas en los autores nacionalistas alemanes de tendencia moderada, cuya doctrina admite la existencia en nuestra disciplina de determinadas normas internacionales. Así, por no citar sino algunos de los más recientes, Liszt declara que la exclusiva aplicación del Derecho interior sería contraria a los principios fundamentales del Derecho internacional, y Kahn, Gutzwiller y Wolff, ponen límites y vínculos internacionales a la potestad legislativa del Estado, tales como la imposibilidad de excluir de manera general y sistemática la aplicación del Derecho extranjero, la competencia de la *lex rei sitae* para los derechos

reales inmobiliarios y la *lex loci actus* para la forma de los negocios jurídicos; la prohibición de aplicar el propio Derecho familiar y sucesorio a los extranjeros que tengan en el Estado simple residencia; la obligación de reconocer los derechos adquiridos debidamente según el Derecho extranjero, salvo las limitaciones de orden público internacional; la prohibición de excluir completamente la autonomía de la voluntad, y la de expropiar sin justa indemnización bienes de los extranjeros.

No cabe, pues, por hábil que sea el modo de presentarlas, admitir doctrinas como la formulada por autores nacionalistas (entre los que figuran Ago y Morelli, en sus recientes libros de 1934 y 1941), según la cual, la posición del Derecho internacional respecto al Derecho internacional privado es exactamente la misma que pueda tener con relación a cualquiera otra rama del Derecho interno: obliga al Estado a insertar en su legislación normas de Derecho internacional privado, ni más ni menos que pueda hacerlo con relación a las normas de Derecho civil, mercantil o procesal.

Ni la naturaleza de las normas ni la posición del legislador pueden ser equiparadas, como pretende esta doctrina. Las de Derecho internacional privado exceden de la órbita puramente interna, y han de ser conjugadas con normas internacionales y con legislaciones extranjeras, respecto a las que nada tienen que ver las ramas jurídicas puramente interiores, como no sea a fines especulativos de legislación comparada, ajenos a la aplicación directa del Derecho.

Dijimos al empezar que las teorías nacionalistas, para poder fundamentar su doctrina, habían de dar satisfactoria

solución a dos problemas: la existencia de normas internacionales, y la aplicación del Derecho extranjero. Tratado ya sumariamente el primero, pasemos a examinar el segundo, que consiste en explicar cómo si el Derecho internacional privado es una simple rama del Derecho interior y las normas del Derecho interior son las únicas susceptibles de aplicación en territorio del Estado, es posible que las normas, puramente formales, de Derecho internacional privado vigentes en el propio territorio, declaren aplicables y sus tribunales apliquen normas sustantivas de un Derecho extranjero.

Este segundo problema es diversamente tratado por los autores nacionalistas. Para no desorientar la atención con un examen analítico de sus individuales y variadas teorías, digamos que cabe clasificarlas en dos grandes sistemas: el anglosajón, que aborda la cuestión en el terreno de la jurisprudencia, y el continental europeo, especialmente de tratadistas alemanes e italianos, que lo afrontan en el campo de la legislación. Cada uno de estos dos principales sistemas, se subdivide, a su vez, en teorías muy diversas, que procuraremos agrupar y exponer del modo más sintético que nos sea posible.

Dicey, el tratadista más representativo de la doctrina contemporánea dominante en Inglaterra, es, entre los anglosajones, el más autorizado definidor de la doctrina de los "derechos adquiridos".

"La aplicación del Derecho extranjero—afirma, abandonando la doctrina de las *comitas gentium,* tradicional en su nación—no es materia de capricho. No procede del deseo del soberano de Inglaterra o de cualquier otro soberano de testi-

moniar cortesía a los demás Estados; deriva de la imposibilidad de resolver de otro modo categorías enteras de problemas sin grave inconveniente y sin injusticia, respecto al litigante nacional o extranjero".

Sentado este principio y admitida la competencia de los jueces ingleses en asuntos de índole internacional privada para evitar una denegación de justicia, Dicey formula el punto fundamental de su teoría en estas palabras: "todo derecho debidamente adquirido bajo la ley de una nación civilizada, es reconocido y ordinariamente puesto en ejecución por un tribunal inglés". Y completa su concepción con esta otra frase, que sirve de reverso a la anterior: "todo derecho que no fué debidamente adquirido, no es reconocido por los tribunales ingleses".

La teoría que examinamos gira, pues, en torno a la doctrina de los derechos adquiridos, admisible en sí, pero no como principio fundamental de nuestra ciencia. La propia frase "debidamente adquiridos", atestigua la necesidad previa de averiguar cuál era la ley competente para que su adquisición fuese legítima; cuestión previa que el autor inglés escamotea, creyendo suficiente su doctrina de los derechos adquiridos, cuando en realidad envuelve una petición de principio y se encierra en un círculo vicioso.

La obra jurídica de este autor, recogida principalmente en su *Digesto,* no es, por otra parte, un tratado doctrinal sino una ordenada selección de principios extraídos, por método inductivo, de los fallos judiciales que forman la jurisprudencia inglesa, con la explicación de su fundamento e incluso la indicación de sus errores y el consejo de su reforma, pues "el

comentador—dice Dicey—no está obligado a ser apologista". La autoridad científica lograda por su *Digesto* es de tanto peso, que suele declararse, como verdad comprobada, que nunca un tribunal inglés pronuncia su fallo sin antes consultarlo.

La doctrina anglosajona en América se bifurca en dos principales direcciones, representadas por las escuelas de Harvard y de Yale, cuyos caracterizados definidores, respectivamente, son Beale y Lorenzen.

Beale sostiene que, desde los tiempos de Story, los tribunales decían ya que un acto o una obligación, válidos según la ley del lugar de celebración, son válidos en todas partes, y una sentencia extranjera dictada por un tribunal competente, sirve para acreditar el derecho en ella reconocido.

No se crea por ello que Beale y su escuela admitan que el derecho adquirido bajo una ley extranjera tenga por sí un valor jurídico; es tan solo un simple hecho, que el soberano territorial puede transformar en verdadero derecho con validez legal dentro de su Estado. Trátase, en suma, de un trasplante en tierra americana de la teoría de Dicey, que se presta a las mismas objeciones formuladas con relación a ésta última.

La autoridad de esta doctrina en Norteamérica es, sin embargo, muy considerable, y los principios que la inspiran fueron recogidos en numerosas disposiciones del *Restatement* elaborado por el Instituto de Derecho Americano, donde se recogen y articulan reglas fundamentales del Derecho internacional privado vigente en América.

Frente a la teoría de los derechos adquiridos (*vested rights*), que mantienen Beale y la escuela de Harvard, se alza en

los Estados Unidos la teoría local (*local theory*), propugnada por Lorenzen y la escuela de Yale.

Advirtamos que entre las dos escuelas, y más concretamente, entre sus dos principales definidores en ambas Universidades de América, existe un marcado y público antagonismo, que se manifestó con motivo de la elaboración del *Restatement* o codificación del Derecho anglosajón por el Instituto de Derecho Americano, creado en 1923, donde al principio colaboraron juntos estos dos profesores, hasta que, por discrepancias doctrinales surgidas, Lorenzen se apartó y desde entonces ha sido, con la escuela de Yale, el más encarnizado adversario y contradictor de Beale y de la escuela de Harvard, cuya doctrina fué ya la que resueltamente prevaleció en la redacción del *Restatement* norteamericano.

El antagonismo entre ambas escuelas, ha movido a la de Yale a acentuar las características diferenciales de su doctrina, la llamada teoría local, partidaria de la máxima *judge made law*: el juez crea el derecho, sin respeto a ningún dogma ni a ninguna regla. En otras palabras el Derecho no nace sino de su aplicación judicial, y esta aplicación la decide el juez adoptando en cada caso la solución que mejor corresponda a las necesidades sociales.

En el orden internacional privado, enjuiciará el caso con criterio semejante a como el juez extranjero lo haría frente a caso análogo en el orden interno.

Contra esta teoría, ha de consignarse que la norma jurídica es anterior y superior al fallo judicial; el juez la interpreta, la aplica, la precisa, la completa, pero no la crea ni puede desentenderse de su observancia. Incluso en el Derecho anglosajón, donde la jurisprudencia desempeña tan im-

portante papel, existe el *common law,* y el propio Lorenzen redactó en 1930 para el *Repertoire. du droit international* de Niboyet, en cuyo volumen VI puede consultarse, un resumen articulado y sistemático del Derecho internacional privado en los Estados Unidos de América, subdividido en títulos, capítulos y secciones que comprenden hasta 519 artículos.

Otro universitario de Yale, Cook, pretende salir al paso de la dificultad que envuelve la supresión de la norma, con la teoría de que el juez aplica siempre su ley cuando en el caso concurren elementos extranjeros, pero, a tal efecto, adopta como ley suya una regla de Derecho idéntica o muy parecida a la vigente en el Estado con el cual se relacionan algunos o todos los elementos extranjeros coincidentes en la relación jurídica. Esta ley es la que en el Estado extranjero se aplicaría, no al caso en cuestión, sino a una situación jurídica análoga puramente interior.

Planteada así la doctrina, deriva, bajo otra forma de presentación pero con el mismo significado jurídico, a la teoría de la incorporación material, que por separado he de tratar al referirme a las teorías continentales europeas, y para entonces remito la oportuna crítica.

Las teorías nacionalistas continentales en Europa, enfocan el problema, no en el aspecto jurisprudencial y práctico característico de los anglosajones, sino en el aspecto legislativo y dentro del marco de la teoría general del Derecho, donde preferentemente suelen producirse los autores alemanes e italianos, entre los que principalmente abundan los mantenedores de esta tendencia en nuestro continente.

La posición más rigurosamente lógica dentro de la con-

cepción nacionalista es la de aquellos autores (como Niedner y Schnell) para quienes la misión de todo legislador en orden a la competencia de leyes es puramente unilateral y consiste en dictar normas que fijen límites al imperio de sus propias leyes, sin entrar en la determinación de cuál haya de ser la ley extranjera aplicable cuando la nacional no sea declarada competente.

Estimamos justificada la crítica que de esta doctrina hace Ottolenghi, al decir que es contraria a la realidad positiva, pues las normas de Derecho internacional privado contenidas en los Códigos nacionales no se limitan a fijar el ámbito de vigencia del Derecho interno, sino que señalan la ley extranjera aplicable; y es contraria también a los principios de Derecho, pues el Estado no puede desentenderse de resolver los conflictos de leyes, ni cerrar los ojos ante su existencia. Otra cosa equivaldría a una denegación de la justicia.

La doctrina de la norma unilateral o incompleta, muy en boga hacia fines del pasado siglo en Alemania, y que influyó considerablemente en la redacción del Código civil de 1900, está hoy casi unánimemente abandonada, al menos en su formulación absoluta, por los más recientes autores alemanes.

Para Niemeyer, el problema fundamental del Derecho internacional privado consiste en trazar fronteras jurídicas al Derecho interno nacional; pero admite la existencia en nuestra disciplina de otro problema, siquiera sea posterior y secundario, consistente en regular aquellas materias que quedan excluídas de la aplicación del Derecho interno, con relación a las cuales el legislador puede guardar silencio, dictar normas especiales o, lo que es más frecuente, remitir a otras leyes extranjeras.

Más resueltamente que Niemeyer y sin sus vacilaciones finales, otros autores posteriores (Gutzwiller, Raape) reconocen la existencia de normas de Derecho internacional privado diversas de las de Derecho material interno, y afirman la necesidad de que tales normas realicen una doble función: 1) delimitar la esfera de competencia del Derecho alemán; 2) señalar, para aquellas relaciones que le sean extrañas, el Derecho extranjero aplicable.

Fundan estos autores su doctrina en la naturaleza de las cosas y en un deber recíproco y solidario de los Estados, impuesto por un ideal internacional de justicia; motivos de orden superior, que evocan los enseñados por nuestros clásicos y confirman la imposibilidad de justificar satisfactoriamente la aplicación del Derecho extranjero con argumentos positivistas, a la manera que pretende el nacionalismo absoluto en nuestra rama jurídica.

La teoría de la norma unilateral o incompleta desaparece, en fin, sin dejar siquiera huella de una especialidad que la distinga y recuerde, en la doctrina de aquellos autores (Melchior, Nussbaum, Walker) que engloban los dos problemas cuya solución compete a nuestra disciplina—delimitación del Derecho nacional y remisión a un Derecho extranjero—en una misma y única definición del Derecho internacional privado.

Los escasos, aunque significados, partidarios de la tendencia nacionalista en la doctrina francesa del Derecho internacional privado, coinciden (Arminjon, Bartin) en estimar que el Derecho internacional privado es una rama del Derecho interno. Varían, no obstante, en la manera de justificar, después

de sentada esa premisa, la aplicación de la ley extranjera a las relaciones jurídicas no sujetas al Derecho interno nacional.

Arminjon funda la aplicación de la ley extranjera en "consideraciones de seguridad y de utilidad", que carecen de una base jurídica y recuerdan, aun cuando él declara no compartirla, la doctrina de la *comitas gentium,* abandonada ya, en general, por la propia escuela anglosajona.

Bartin razona su teoría sobre la base de que existe una "obligación natural" que impone a cada Estado civilizado restricciones a la territorialidad absoluta de sus poderes, en el orden de los intereses privados. "Es—dice—una Sociedad de Naciones, sin protocolo ni texto, que ha nacido espontáneamente de la civilización común a estos Estados, o más bien, que no es sino esta misma civilización desde el punto de vista del Derecho privado." La reducción recíproca de los efectos de la soberanía de los Estados, en Derecho internacional privado como en Derecho internacional público, implica para este autor la ejecución voluntaria de las obligaciones que les ligan y la existencia de una asociación de la que estas reducciones recíprocas no son sino las consecuencias.

El nacionalismo jurídico de Bartin es, como se ve, muy moderado. Abstracción hecha del punto de partida, que le clasifica en esta tendencia, las razones que aduce para justificar la aplicación de la ley extranjera son de índole jurídica y rebasan la concepción positivista que reduce el Derecho a la voluntad del legislador nacional, excluye las normas superiores de justicia y desconoce la existencia de una sociedad natural de Estados.

Dos teorías se disputan en la moderna doctrina italiana la definición de la tesis nacionalista en Derecho internacional privado: la teoría de la incorporación material y la de la incorporación formal.

La teoría de la incorporación material (Pacchioni, Chiovenda, Anzilotti en su más reciente fase) pretende cohonestar la aplicación de la ley extranjera con el principio de territorialidad nacional del Derecho, mediante la apropiación por el propio Derecho nacional, de las normas materiales extranjeras aplicables según las reglas de Derecho internacional privado del sistema legislativo que las hace suyas.

De esta suerte, la norma formal del Derecho internacional privado es como una norma en blanco, donde, a medida que la necesidad surge, se copian literalmente las normas extranjeras a que, en cada caso, aquella norma remite. Las normas extranjeras vienen a quedar así nacionalizadas, como normas de Derecho material, exactamente iguales a todas las otras de la propia legislación nacional que se las asimila, sin otra diferencia que la indeterminación de su contenido, que habrá de buscarse en el correspondiente Derecho extranjero.

Trazada esta teoría, tan ingeniosa como artificial, la mayoría de sus partidarios retroceden ante su consecuencia lógica: que la norma extranjera incorporada materialmente a la norma de Derecho internacional privado, deba ser interpretada conforme al sistema jurídico del Derecho que se la apropia y nacionaliza.

La conclusión es tan absurda, que la generalidad de esos autores optan por que la interpretación de la norma incorporada se haga según el sistema extranjero de que formaba

parte; lo que equivale a convertir la teoría de la incorporación material en un mero juego de palabras, que cae por tierra al llegar el momento de deducir sus inexorables consecuencias jurídicas.

Pacchioni, uno de los raros autores que se atreven a aceptarlas, después de reconocer que la tendencia dominante entre los partidarios de esta teoría le es contraria, sostiene que la interpretación de la norma extranjera debe hacerse conforme al sistema jurídico del Derecho nacional que se las incorpora. Razona su tesis con el argumento de que la norma extranjera se injerta en el tronco legislativo nacional, es absorbida por él y viene a formar un mismo cuerpo, con una nueva fisonomía y, eventualmente, incluso un nuevo alcance.

Razón tiene un escritor nacionalista tan significado como Roberto Ago para afirmar que esta consecuencia, lógica con la premisa, prueba la inadmisibilidad de la teoría. Arrancar la norma del sistema legislativo a que pertenece para tratar de encajarla en otro, es ir contra la naturaleza misma de las cosas y llevar a conclusiones sin sentido o, todavía peor, con sentido inverso al procedente, si la técnica y el espíritu del sistema jurídico nacional que se incorpora las normas, es diverso o contrapuesto al sistema extranjero de donde proceden las propias normas incorporadas.

La teoría de la incorporación formal (Ago, Morelli, Perassi, Balladore-Pallieri), para eludir los decisivos reparos a que la incorporación material se presta, avanza todavía más y llega en la misma dirección al límite extremo e infranqueable, más allá del cual no cabe ir a ninguna otra teoría. Representa, pues, el supremo esfuerzo por salvar la doctrina nacionalista en Derecho internacional privado.

La incorporación no se limita ya a copiar y apropiarse las normas de Derecho material extranjero, caso por caso, cuando la necesidad de dar contenido a la norma de Derecho internacional privado se presenta. Para la teoría de la incorporación formal, trátase de una apropiación en bloque de todos los Derechos extranjeros a cuyas normas materiales puedan remitir las normas de Derecho internacional privado de la legislación asimiladora. En otras palabras, y aplicando la teoría al Derecho español: las legislaciones extranjeras todas, serían una especie de apéndices o anejos de nuestro Derecho nacional, ni más ni menos que puedan serlo las legislaciones forales con relación al Código civil.

Podrá existir esta forma de incorporación, si el legislador de modo expreso lo declara; caso excepcional del que ofrece un ejemplo la ley sobre las fuentes del Derecho en la Ciudad del Vaticano.

Después de establecer que las fuentes principales son las leyes del Estado vaticano y el Derecho canónico, dispone la aplicación, a título supletorio y con determinadas excepciones, del Derecho privado italiano vigente al ratificarse el tratado de Letrán (7 de junio de 1929), con exclusión del promulgado en fecha posterior, y en tanto el legislador vaticano provee directamente a tal menester. Mas esta incorporación expresa, supletoria, destinada a regir relaciones privadas interiores en la Ciudad del Vaticano, referida a una sola legislación, limitada por razón de la materia y del tiempo, confirma la necesidad de que el legislador la declare, y excluye la idea de una incorporación tácita y general de todas las legislaciones extranjeras potencialmente contenidas en la genérica remisión de la norma

de Derecho internacional privado, y relativas a hechos o relaciones que exceden de la órbita interna.

Ninguna prueba ni indicio es aducido en corroboración de que tal propósito haya existido nunca en el ánimo de ningún legislador. Reciente está, precisamente en Italia, la promulgación del nuevo Código civil de 1942; y las fórmulas que emplea en los artículos de Derecho internacional privado, se mantienen dentro de las líneas tradicionales, sin ninguna innovación que aclare y ponga término a tan debatida cuestión doctrinal en sentido favorable a la teoría nacionalista.

La unidad de sistema jurídico que esta teoría pretende salvaguardar, resultaría más perjudicada que favorecida con semejante elefantiasis en el Derecho nacional, por la gigantesca incorporación en bloque de tantas y tan heterogéneas normas extranjeras, cada una de las cuales, a pesar de su pretendida nacionalización, había de ser (según la tendencia dominante entre los partidarios de tal doctrina) interpretada y aplicada con el significado y el valor que le corresponda en el sistema jurídico extranjero a que pertenece.

No terminan aquí los obstáculos con que la teoría de la incorporación formal tropieza en su camino. Surge todavía otro más grave: si las normas de Derecho material extranjero son todas incorporadas en bloque, ¿qué ocurrirá cuando el respectivo legislador extranjero modifique sus normas? ¿Se mantendrá entonces el legislador nacional fiel a la nacionalización primitiva, o aceptará las nuevas normas dictadas por el legislador extranjero? Si lo primero, conservará en vigor unas normas que ya no tienen vida legal en el propio sistema jurídico del que depende la relación ajena a la esfera local Si lo

segundo, la soberanía legislativa nacional, lejos de resultar afirmada con el vigor que la teoría analizada pretende, aparecerá, por el contrario, en una evidente *capitis diminutio* frente a los legisladores extranjeros, a quienes se reconoce ilimitada potestad para alterar unas normas que se dicen nacionalizadas.

Algunos autores se detienen ante esta consecuencia y prefieren el mantenimiento de la primitiva legislación. Los más, traspasan el obstáculo y declaran que la incorporación formal no alcanza tan sólo (aun cuando ya sería bastante) a los sistemas jurídicos extranjeros, sino que se extiende, además, a sus respectivas fuentes, que vienen a quedar igualmente nacionalizadas, para todo lo que hayan legislado ya y para todo lo que, en potencia, sean susceptibles de legislar en lo futuro. Una verdadera torre de Babel, y una intromisión siempre latente de fuentes legislativas extranjeras, en el sistema jurídico nacional cuya unidad e independencia se persigue asegurar con esta teoría.

La múltiple variedad de teorías en que se ramifica la doctrina nacionalista en Derecho nacional privado, requeriría, para su completa exposición, el espacio de un curso. Reducidas, por exigencias pedagógicas, a una sola lección, hemos procurado dar una ojeada sintética acerca de las principales tendencias que la caracterizan, acompañada del juicio que, objetivamente, nos merecen, y que hemos de confirmar si la abarcamos en su conjunto y comprobamos la multiplicidad abigarrada de sus teorías, las hondas divergencias que las separan, y las vacilaciones que dentro de cada una de sus tendencias se manifiestan.

Lección 7.ª

IV.—*Teorías internacionalistas.*—El orden jurídico de Kelsen y la idea de justicia de Verdross.—El Derecho internacional privado *internacional* o *superestatal* y el Derecho internacional privado *interno,* según Zitelmann. La potestad de mando y la potestad coercitiva, en la doctrina de Donati. El respeto de las soberanías y el fin social de las leyes, según Pillet. Posición de Niboyet. Doctrinas de Prida y de Gestoso.

Examinadas ya las líneas más salientes de las doctrinas nacionalistas, pasemos a exponer algunas teorías representativas de la doctrina internacionalista.

Para Kelsen, no existe la separación absoluta entre el ordenamiento jurídico interno y el internacional, punto de partida de las teorías nacionalistas. No se trata de dos sistemas coordinados y paralelos, sino de dos partes de un sistema total. Las normas de Derecho internacional y las de Derecho interno, no están en un mismo plano horizontal, sino en planos subordinados y superpuestos; forman una pirámide en cuya cúspide se encuentra el principio fundamental *pacta sunt servanda,* erigido por Kelsen en clave y fundamento de todo el sistema jurídico. De ese axioma, deriva la obligatoriedad de los tratados; de los tratados y de las normas internacionales, en general, la delimitación de competencias legislativas y jurisdiccionales entre los diversos Estados, base, a su vez, de la legislación interna de cada soberanía.

La doctrina de Kelsen se ha prestado a larga controver-

sia, alegándose en su contra que toda ella gira alrededor de la hipótesis *pacta sunt servanda,* indemostrable y que no tiene sino una realidad meramente científica y doctrinal.

Su construcción jurídica es, en todo caso, eminentemente formal, pues no mira al contenido de las normas sino a las fuentes de que proceden.

El profesor de Viena Verdross, comparte la teoría monista de Kelsen, pero se separa de ella en que, junto al elemento formal, reconoce un elemento sustantivo: la idea de justicia. Toda norma, sea de Derecho internacional, sea de Derecho interno, para poder ser admitida como tal norma jurídica, ha de responder a esa idea de justicia, lo cual quiere decir que ni el legislador cuando dicta una ley, ni el Estado cuando concierta un tratado, tienen plena libertad, pues por encima de la ley y del tratado hay un ordenamiento jurídico natural que precisa respetar.

Reconoce Verdross la separación entre el Derecho internacional positivo y la Moral internacional, pero añade que, si el Derecho internacional ha de responder cumplidamente a su fin y ser expresión de la justicia, necesita apoyarse en la Moral internacional.

A este propósito, hace historia de la elaboración del Derecho internacional y recuerda que en la Edad Media, bajo el signo de la Etnarquía cristiana, existió una concepción jurídico-política plasmada en una organización internacional. Cuando la Reforma deshizo la unidad cristiana en Europa y sustrajo a la autoridad del Papa los pueblos protestantes, parecía que aquella unidad iba a derrumbarse, pero se salvó gracias a los teólogos españoles, especialmente Vitoria y Suárez, que ela-

boraron la idea de comunidad jurídica internacional basada en la unidad de origen y de fin del género humano.

Verdross da todo su valor a esta afirmación española, y la enlaza con el principio de la idea de justicia, que considera como algo objetivo y permanente, aunque varíe la manera como es concebida por los distintos pueblos.

Justamente esta diversidad en el concepto de justicia según los tiempos y los lugares, es la objeción principal que los positivistas formulan contra la existencia de un orden jurídico superior y distinto de las normas positivas. Verdross sostiene que lo que varía es la manera de concebir la justicia, pero el concepto en sí es una categoría permanente. Las definiciones doctrinales y las normas positivas son un intento de aproximación a la idea abstracta de justicia; y una doctrina y unas normas determinadas serán más o menos perfectas intrínsecamente, según que se acerquen más o menos a aquel ideal.

Zitelmann distingue dos categorías de normas en Derecho internacional privado: a) Las normas que verdaderamente merecen el nombre de internacionales, las que tienen su fuente en el orden jurídico internacional y cuyos destinatarios son los Estados. b) Las normas que cada legislador dicta para resolver los conflictos de leyes planteados por las relaciones jurídicas cuyos elementos están en contacto con diversas legislaciones.

La organización incipiente de la comunidad internacional hace que no haya una serie de fuentes internacionales que resuelvan todos los conflictos de Derecho internacional privado; si las hubiere, ningún Estado necesitaría legislar en

la materia, sino, sencillamente, aplicar las normas internacionales. Mas, si ese ideal no se ha realizado, dice Zitelmann, existe, sin embargo, un sistema completo de normas de Derecho internacional privado, apropiado a las exigencias de la comunidad internacional. A este sistema superior y unitario, que él llama internacional o superestatal, deberían, al menos en su tendencia, conformarse las normas internas que los Estados dicten.

Analiza el concepto de soberanía estatal, para deducir de él un criterio de limitación de competencias entre las legislaciones internas, y observa que la soberanía tiene dos facetas: a) soberanía personal o potestad de mando del Estado sobre sus súbditos, donde quiera que estén (*Personalhoheit*), y b) soberanía territorial o poder de mando del Estado sobre las cosas o las personas que en él se encuentren (*Gebietshoheit*), subdividido en poder dominical y domiciliario.

Establecido este nexo entre el concepto de soberanía en el orden internacional y la potestad legislativa del Estado, desciende Zitelmann al terreno de las aplicaciones y establece:

1.º Todos los derechos subjetivos que atribuyen poder sobre una persona o sobre una prestación, son regulados por la ley del Estado a que dicha persona pertenece como ciudadano; esto es, por el estatuto personal, que comprende el derecho de familia, el matrimonial, la patria potestad, la tutela, los derechos sobre la propia persona (el derecho a la integridad personal, la libertad y el honor) con dos excepciones, que son: a) las relaciones procedentes de delito, y b) las que tienen por objeto el resarcimiento de un daño.

2.º El estatuto real comprende todos los derechos subjetivos que atribuyen a una persona un poder inmediato sobre

una cosa mueble o inmueble; derechos regulados por la ley del Estado en cuyo territorio se encuentra la cosa.

3.º Los derechos subjetivos que atribuyen un poder sobre un acto que no se refiere directamente a una persona o una cosa, deben ser regulados por la ley del lugar donde el acto se realiza.

Asigna Zitelmann a estas normas, no ya sólo un valor doctrinal, sino también positivo dentro del ordenamiento jurídico internacional, por razones de orden científico y práctico, y por asentimiento tácito o expreso de los Estados. Tales principios subsisten, en tanto no haya otro principio internacional u otra norma convenida en un tratado que disponga cosa diversa.

Junto a este Derecho internacional privado propiamente internacional o superestatal, dirigido a los Estados e internacionalmente obligatorio, reconoce la existencia de un Derecho internacional privado interno en cada uno de ellos, dirigido a los individuos y a los jueces, con obligatoriedad dentro del ámbito a donde alcanza la soberanía del Estado que lo dicta.

Dentro ya de este ordenamiento jurídico interno, los tribunales deberán aplicar las normas de Derecho internacional privado de su legislación nacional, aun cuando fueren contrarias a las propiamente internacionales o superestatales.

En todo caso, las normas internacionales, conservarán su valor superior pragmático y actuarán en sentido unitario sobre las distintas legislaciones, a la vez que, en el orden positivo interno de cada una de ellas, tendrán siempre un valor subsidiario y llenarán las lagunas de su legislación.

La doctrina que comentamos representa una de las más importantes aportaciones contemporáneas al acervo común

de nuestra ciencia. Su punto discutible, es la afirmación de que el Derecho superior por ella preconizado haya recibido en el orden positivo, con la amplitud que se le atribuye, la aceptación de los distintos legisladores nacionales. Es, sin embargo, indudable que ese Derecho superior brinda a los Estados que concierten convenios y al legislador nacional que dicte leyes internas, normas ideales orientadoras del tratado o de la ley; al propio tiempo que ofrece a los tribunales internos un sistema orgánico y un cuadro normativo, que tan necesarios son allí donde los Códigos dedican escasos artículos a la regulación de tan compleja materia.

Donati construye su teoría sobre la base de un sistema de principios que sirvan para deslindar en el orden internacional la potestad de mando entre los diversos Estados, de donde nace la competencia legislativa que respectivamente les corresponde.

La potestad de imperio del Estado sobre la persona puede revestir dos aspectos: potestad de mando y potestad coercitiva. De esta distinción fundamental, deduce Donati que la potestad de mando puede manifestarse:

a) Respecto a los ciudadanos, con valor extraterritorial, como, por ejemplo, ocurre con el derecho familiar, que sigue al nacional más allá de las fronteras y fuera de la potestad coercitiva de su Estado.

b) Respecto a los extranjeros, con valor extraterritorial para ciertas materias (entre las que cabe citar el régimen de propiedad inmobiliaria) obligatorias para el propietario extranjero, aunque resida fuera de la nación donde los bienes están

sitos, y con valor exclusivamente territorial en relación a otras materias, tales como las leyes de policía.

Delimitada así por razón de espacio y de materia la potestad de mando del Estado, busca Donati en ella la justificación de estos tres conceptos, en los que plasma su doctrina: 1) soberanía personal del Estado, como fundamento de la potestad de imperio sobre los ciudadanos, no limitada al territorio; 2) soberanía dominical, como fundamento de la potestad de imperio sobre los extranjeros, no limitada al territorio; 3) soberanía domiciliaria, como fundamento de la potestad de imperio sobre los extranjeros, limitada al territorio.

Estas reglas de Derecho internacional deben lógicamente regir, en tanto los Estados no las deroguen y sustituyan por normas diversas.

Fácilmente se advierte el parentesco próximo de la doctrina de Donati con la de Zitelmann, cuyos principios filosóficos desarrolla y precisa con aguda técnica jurídica.

Pillet arranca de la existencia de distintas soberanías, y afirma la necesidad de que unas a otras se respeten dentro del ámbito propio de su competencia legislativa.

Sentadas estas premisas, pregunta qué norma será capaz de resolver los problemas de Derecho internacional privado, y funda su sistema en el fin social de las leyes.

La ley reune caracteres fundamentales, entre los que, en el orden internacional, interesan principalmente dos: la continuidad y la generalidad. Es continua la ley, en el sentido de que obliga sin interrupción y debe ser obedecida desde el día en que se promulga hasta el día en que se deroga. Es general, en cuanto su aplicación subjetiva debe extenderse a todos.

Ambos caracteres concurren, por su naturaleza misma, en toda ley.

Si trasladamos ahora estos conceptos al orden internacional privado, y pensamos en la situación del extranjero y en la ley nacional reguladora de sus relaciones personales, observaremos que esa ley, para ser continua, ha de seguir al individuo fuera de su patria. Inversamente, la generalidad es requisito indispensable de la ley para asegurar el orden jurídico dentro del Estado, sin distinción entre nacionales y extranjeros. Continuidad y generalidad vienen así a ser, en nuestro campo, términos sinónimos a extraterritorialidad y territorialidad.

Contemplada la ley en su sentido más abstracto, responde siempre a un fin social, y este fin, en el orden internacional privado, puede principalmente ser de protección individual o de garantía social. En cuanto persigue la protección individual, debiera acompañar a la persona donde quiera que se encuentre. En cuanto busca la garantía social, debiera regir indistintamente frente a todos, dentro de los confines del Estado. Mas como las dos aplicaciones simultáneas se excluyen, y las leyes no pueden ser al propio tiempo extraterritoriales y territoriales impónese sacrificar aquella ley que deba ceder ante la que más derecho tenga en cada caso.

Procederá sacrificar la generalidad de la ley territorial en beneficio de la continuidad de la ley extranjera, cuando predomine el fin de protección individual; procederá, en cambio, sacrificar la continuidad en aras de la generalidad, cuando la garantía social exija una aplicación rigurosa de la ley territorial frente a todos, nacionales y extranjeros.

La teoría de Pillet, por su claridad y sencillez de conceptos,

es muy seductora y parece brindar una guía segura para resolver el capital problema del Derecho internacional privado: la conciliación entre el principio personal y el territorial. No siempre es, sin embargo, cosa fácilmente hacedera la calificación del fin dominante en una ley, por entremezclarse con frecuencia en sus normas la garantía social y la protección individual; sin contar con que no todas las categorías de reglas jurídicas pueden encajar en esa clasificación cerrada bipartita.

Esto no obstante, la teoría de Pillet ha contribuído a proyectar luz en discutidos problemas específicos de nuestra ciencia, y su autoridad doctrinal ha influído en reputados internacionalistas contemporáneos.

Uno de ellos, Niboyet, adopta una posición intermedia. El Derecho internacional privado, en su concepto, se aproxima al Derecho internacional, pero es "todavía" un Derecho "más nacional que internacional". Esta apreciación histórica de lo que hoy, a su juicio, es el Derecho internacional privado, no envuelve una calificación de su naturaleza, ni prejuzga su porvenir. Al contrario: "El Derecho internacional privado -dice- sufre actualmente los efectos de un pasado muy antiguo durante el cual no se planteó la cuestión en su verdadero terreno. Por haber comenzado a referirse a relaciones interprovinciales de orden interno nacional, no ha roto este vínculo para revestir su verdadero aspecto en las relaciones internacionales. Los conflictos de leyes son conflictos de soberanías y las soluciones deberían inspirarse en la regla del *máximo respeto de las soberanías interesadas*, lo que en realidad es una regla de Derecho de gentes.

La misión de la escuela del Derecho internacional privado

-añade- será preparar la opinión de los Estados para que reconozcan "la necesidad de un Derecho verdaderamente internacional que, tanto desde el punto de vista *dogmático* como *práctico,* se impone".

La concepción nacionalista del Derecho internacional privado actual, en cuanto hecho, se trueca en concepción internacionalista del Derecho internacional privado del porvenir, en cuanto doctrina. Posición natural en un discípulo y colaborador de Pillet, quien, como el propio Niboyet recuerda, "consagró lo más claro de su grande y fecunda actividad científica a defender esta idea del porvenir".

Mi antiguo maestro, el catedrático que fué de esta Universidad señor Fernández Prida, examinó con su habitual claridad y precisión de concepto el problema de la concurrencia de leyes, como hecho necesario y factor indispensable para la existencia del Derecho internacional privado.

La diversidad de focos legislativos con simultánea actuación, marca un límite obligado a la competencia de cada uno, por respeto a los demás. Junto a esta limitación de orden internacional, pone otra de orden privado: la naturaleza de la relación misma. En otras palabras, centra el problema en torno a estas dos ideas fundamentales: soberanía competente y ley justa.

La competencia jurisdiccional queda, a su juicio, envuelta y prejuzgada por la cuestión de concurrencia legislativa.

El profesor Gestoso y Acosta partía del principio de comunidad jurídica de Savigny, que implica: 1) El reconocimiento mutuo y el respeto de las demás legislaciones por parte de cada soberanía. 2) La necesidad de adoptar reglas comunes

para aplicarlas, según proceda, mediante el estudio de los elementos de la relación jurídica y la naturaleza propia de cada relación.

Sentadas estas reglas, rechaza la idea de la *comitas gentium* y afirma que la comunidad jurídica envuelve la necesidad de aceptar la eficacia de las leyes extranjeras, lo que hace posible el fin último del Derecho internacional privado, el cual recibe sus condiciones de existencia del Derecho internacional público. Los Estados no pueden vivir aislados. Al admitir en su territorio a los extranjeros ha de reconocerles su personalidad y capacidad jurídica, según las leyes del Estado a que pertenecen.

La solución de los problemas de Derecho internacional privado no puede, sin embargo, derivar de un solo principio; requiérense reglas secundarias por virtud de las cuales se hagan compatibles la comunidad jurídica y los intereses legítimos del Estado, su Derecho constitucional y sus leyes de orden público, al propio tiempo que se determinan las reglas aplicables a las relaciones de Derecho internacional privado según la naturaleza esencial de cada una.

Lección 8.ª

V.—*Teorías universalistas.*—La comunidad jurídica humana, de Jitta. El sistema universal, de Massé. El Derecho internacional privado superior, de De Bar. El Derecho objetivo en abstracto y el Derecho internacional privado, de Frankenstein. La escuela clásica española y el Derecho internacional privado.

Las teorías nacionalistas, según hemos visto, consideran el Derecho internacional privado como una rama del Derecho interno; las internacionalistas, como una rama del Derecho internacional. Las universalistas, que pasamos a estudiar, parten de un principio distinto al de la soberanía individual de cada Estado y al de la comunidad jurídica de todos ellos. Este principio es de orden superior universal.

Doctrina típica de tendencia universalista es la del jurista holandés Jitta, que rechaza igualmente la teoría de la soberanía absoluta del Estado y la teoría de la comunidad jurídica internacional de Savigny, para construír un sistema de Derecho internacional privado sobre el principio de comunidad jurídica humana.

El elemento principal en Derecho internacional privado, como en todo sistema de Derecho, está—según él—constituído por las relaciones jurídicas entendidas como vínculo entre dos personas o sujetos jurídicos, salvaguardado por el poder público social.

En Derecho internacional privado, las relaciones jurídicas pueden ser: a) nacionales, cuando todos sus elementos pertenecen al Derecho interno; b) relativamente internacionales, cuando están en contacto con el Derecho interno y con algún Derecho extranjero; c) absolutamente internacionales, cuando el conflicto se plantea entre dos legislaciones ajenas a la del juez que ha de resolver. Situación esta última que suele darse en determinadas categorías de conflictos, como los suscitados entre el *jus sanguinis* y el *jus soli,* cuando en un tercer Estado, que no sea ni el de la estirpe ni el del lugar de nacimiento, se plantee cuestión acerca de la nacionalidad de una persona.

Jitta sostiene que, en tales supuestos, el caso puede ser regulado por una ley que no sea la de ninguno de los ordenamientos legislativos en conflicto, sino por una norma de Derecho superior, especie de Derecho natural, que dé la solución más conveniente para la vida social humana, en las relaciones jurídicas privadas que exceden de la órbita interna nacional.

La soberanía legislativa no deriva ni del Estado aisladamente considerado, ni de los acuerdos que los Estados entre sí establezcan; deriva de la humanidad. Para justificar esta afirmación, sostiene la existencia de una sociedad humana, con poder social efectivo, que escalona en tres grados : 1) poder del Estado, como representante local del poder público de la humanidad; 2) poder de varios Estados que obran de acuerdo; 3) poder del conjunto de Estados sobre la humanidad entera. Reconoce que este último es rudimentario, pero afirma su existencia y preconiza su porvenir.

Todo Estado tiene, en suma, obligación de reconocer cuan-

tas relaciones jurídicas privadas respondan a las exigencias de la vida social internacional. La regulación de tales relaciones puede realizarse por uno de estos tres medios: o por la ley local si, por propia naturaleza, le corresponde; o por normas comunes internacionales, si las hubiere; o, en defecto de ambas, por lo que Jitta denomina "principios razonables de la vida social internacional," como ley positiva subsidiaria.

La teoría que acabamos de exponer ofrece puntos vulnerables, por ejemplo, cuando afirma la existencia de un poder coactivo universal, pero constituye una aportación de amplios horizontes a la ciencia del Derecho internacional privado.

Massé concibe el Derecho internacional privado como un Derecho superior al de los Estados, y lo considera un Derecho natural, más bien que positivo. Recuerda a este propósito que el Derecho internacional público nació precisamente como una secuela del Derecho natural, según acredita la obra de Grocio.

El propio Derecho interno, no obstante contar con una más copiosa legislación en sus normas materiales, necesita del Derecho natural para completar sus lagunas.

Nada tiene de extraño que ocurra lo mismo con el Derecho internacional privado, cuyas normas positivas son tan insuficientes y escasas. Es necesario completar sus lagunas, y esto no puede hacerse sino por el Derecho natural, acudiendo a lo que Massé llama "supremos principios de razón, equidad y justicia". En su sentir, estos principios deben aplicarse y son obligatorios para todos los jueces de todos los Estados, en ca-

so de silencio por parte del Derecho positivo interno, y siempre que no hubiere disposiciones positivas en contrario.

Sobre estos principios, Massé construye el siguiente sistema de Derecho internacional privado: 1) todas las leyes relativas a las personas (*statuta personalia*). serán consideradas extraterritoriales; 2) todas las leyes relativas a las cosas (*statuta realia*) serán consideradas territoriales; 3) los actos jurídicos serán regidos por la ley del lugar en que se realicen, en virtud del principio *locus regit actum.*

El universalismo de este sistema se basa en la naturaleza de las cosas; y, aunque idealista en la concepción, su idealismo tiene tan sólo un valor subsidiario al llegar a las aplicaciones prácticas.

De Bar rechaza la idea de que el Derecho internacional privado pueda depender de la voluntad unilateral de ningún Estado. La competencia legislativa de cada uno de ellos no es exclusiva, ni puede por sí decidir acerca de la competencia de los demás.

Se requieren, para fijar la competencia legislativa y jurisdiccional de los distintos Estados, normas de un Derecho superior, en contraposición a las normas de Derecho interno.

El Derecho internacional privado no es, por lo tanto, Derecho interno o, cuando menos, no es Derecho exclusivamente interno. La preeminencia corresponde al Derecho superior, sin que ello impida al Estado legislar, pero dentro de los límites fijados "por la naturaleza de la materia regulada, esto es, por las exigencias de las relaciones internacionales y del respeto debido a las soberanías de los otros Estados".

Distingue De Bar entre el problema legislativo y el ju-

dicial. Las normas internas deben acomodarse a las normas supranacionales, pero el juez deberá aplicar la norma de Derecho interno, aun en el supuesto de que no responda a aquel Derecho superior.

La norma superior universal resultará entonces violada por la norma legislativa interna, mas no por ello dejará de existir, y "finalmente, la presión ejercida por la convicción general respecto a la materia y la fuerza de la vida de relación triunfarán sobre la norma interna equivocada, determinando su abrogación".

La escasez e imperfección de las normas de Derecho internacional privado interno, "dejarán, de hecho, amplio campo libre a una teoría general capaz de resolver las cuestiones que surgen en nuestra materia".

La argumentación de De Bar no se detiene en razonar la posibilidad de un sistema de Derecho internacional privado superior. Trata, además, de probar que tal sistema existe.

Funda tal aserción principalmente en el *communis consensus* de los Estados civilizados, del que brota un sistema de Derecho consuetudinario de todo el género humano, que imprime a su teoría una concepción fundamentalmente universal.

La obligatoriedad de este Derecho consuetudinario no deriva, para De Bar, de la voluntad de uno o varios Estados, sino de la conciencia jurídica del género humano, como ocurre con la regla *locus regit actum*, que los jueces de todos los Estados deben aplicar en cuanto no lo impida su propia legislación interna.

La teoría que nos ocupa, puede ser gráficamente representada por dos esferas concéntricas: la mayor, correspondiente al Derecho superior universal; la menor, al Derecho interno.

La preeminencia jurídica corresponde a la mayor; la menor, sin embargo, en caso de discrepancia, prevalecerá de hecho en las decisiones del juez. Pero, aun entonces, el Derecho superior ejercerá una importante función subsidiaria en la propia órbita interna del Estado.

La teoría de De Bar, muy combatida por la escuela positivista, que la tacha de pertenecer más bien al Derecho natural que al Derecho positivo, tendrá siempre en su haber el vigor con que reivindicó para el Derecho internacional privado una naturaleza jurídica superior al Derecho interno de los Estados.

La teoría universalista de Frankenstein arranca del factor psicológico y sociológico, por virtud del cual cada hombre contribuye a la formación del ordenamiento jurídico en la comunidad a que pertenece.

La palabra latina *rectum,* así como la alemana *recht,* la francesa *droit,* la italiana *diritto* y la española *derecho,* significan en su sentido etimológico la misma idea de adecuación respecto a una dirección determinada.

Si esta idea de rectitud es concebida y expresada por un ciudadano, trátase de un simple juicio personal; pero si en ella coincide el juicio de la gran mayoría de individuos que integran una comunidad o Estado, ese juicio colectivo de cosa recta y justa, se convierte ya en norma de Derecho objetivo.

El Derecho objetivo en abstracto así elaborado, es anterior y superior a la ley. La ley, emanación del poder del Estado, no crea el Derecho; lo reconoce y aplica.

Sentadas estas premisas, Frankenstein traslada su razonamiento al problema específico del Derecho internacional pri-

vado y plantea la cuestión de si ese juicio colectivo de los hombres que forman una comunidad nacional puede también darse en el género humano todo, como comunidad universal de hombres.

Admite la posibilidad del juicio de masa o *consensus civium*, de la humanidad, por considerar que los hombres tienen, en mayor o menor grado, conciencia de pertenecer a esta unidad superior humana, y atribuye a la convicción común, así formada, de lo justo, un poder creador de normas jurídicas universales, obligatorias para todos los hombres, y que los jueces de todos los Estados deben aplicar.

La primera regla universal consiste en que toda persona está jurídicamente vinculada a la comunidad nacional a que pertenece, y el Derecho de esa comunidad es su Derecho propio, dentro y fuera de las fronteras de su Estado. La segunda regla es que las cosas están sometidas a la ley del lugar donde se encuentran.

De la primera regla se deriva que toda legislación contiene implícitamente una norma de Derecho internacional privado impuesta por el Derecho objetivo, que remite la regulación jurídica privada del extranjero a su ley nacional. Esta ley podrá regular el caso directamente o remitir, a su vez, a otra legislación. La remisión a la ley nacional es llamada por Frankenstein remisión primaria (*primäre Anknüpfung*) y las que, eventualmente, haga la ley nacional a otras legislaciones, las denomina remisiones secundarias (*sekundäre Anknüpfungen*).

La segunda regla universal, en virtud de la cual se remite la regulación jurídica de las cosas a la *lex rei sitae*, admitida por Frankenstein, aunque no con rango equiparable a la primera, puede igualmente revestir las dos formas de remisión

primaria y secundaria. según que el legislador territorial someta el caso a sus propias normas o reenvíe al sistema legislativo de otra nación.

El reenvío, en todo caso, así de la ley personal como de la territorial, a otra ley, no puede ir más allá del que puedan disponer la *lex patriae* o la *lex rei sitae,* pues tan sólo ellas tienen soberanía sobre las personas o sobre las cosas, y competencia legítima para someterlas a sus propias normas o para remitir a otra legislación. No cabe, pues, una tercera o ulterior remisión.

El sistema de Frankenstein gira en torno a la *lex patriae* y a la *lex rei sitae.* No tiene la *lex patriae* el exclusivismo que tenía la ley nacional en la doctrina de Mancini, porque la *lex rei sitae* se aplica a título de ley necesaria y no de ley voluntaria; ni tiene la ley territorial el exclusivismo de las escuelas estatutarias de Francia y Holanda, y de las modernas teorías nacionalistas, por el puesto que reserva a la *lex patriae.* La clasificación bipartita se presta, sin embargo, a los reparos que ya le fueron opuestos, a propósito de la doctrina de D'Argentré, por su estrecha rigidez, en la que no caben todas las categorías de relaciones jurídicas.

Corresponde, en todo caso, a este autor, el mérito de su original análisis de la idea del Derecho, y de su amplia visión del Derecho internacional privado.

La concepción universalista del Derecho de gentes y de la comunidad jurídica internacional, propia de la escuela clásica española, no se aviene con el exclusivismo territorialista que mira a los ordenamientos jurídicos nacionales como com-

partimentos estancos, enteramente desconectados entre sí y desentendidos de toda norma de orden superior.

Dos ideas fundamentales campean ya en la doctrina de Vitoria y son desarrolladas luego por Suárez: la idea de comunidad internacional y la idea de justicia objetiva.

"El género humano—escribía Suárez—aunque dividido en pueblos y en reinos diversos, constituye una unidad no tan sólo específica, sino también, por así decir, política y moral... Por esto, todo Estado soberano, república o reino, aun cuando sea completo y esté firmemente asentado, es, sin embargo, al mismo tiempo, en cierto modo, miembro de este gran Universo, en cuanto toca al género humano".

El holandés Kosters, con probidad científica muy de estimar en un compatriota de Grocio, reconoce que en esta frase de Suárez se define por primera vez la idea de una comunidad universal de Estados, cristianos o no, vislumbrada ya por Vitoria, y que se enlaza con la idea central de justicia, en el amplio marco de la humanidad y en la vida interna del Estado.

Los autores de la escuela clásica española definen estos conceptos con relación al Derecho de gentes, pero de ellos se derivan implícitamente principios aplicables al Derecho internacional privado, cuales son el respeto a la competencia legislativa de los demás Estados, y la justa aplicación a cada relación jurídica de la ley más conforme con su peculiar naturaleza, que constituyen el lado público y el privado de nuestra disciplina jurídica. A estas dos nociones ha de añadirse el respeto a la personalidad del extranjero como ser humano, que la doctrina católica trajo de la Moral al Derecho.

No se limita a estas normas, deducidas de su doctrina general acerca del Derecho de gentes, la aportación de la escuela

clásica española al Derecho internacional privado. Cuenta, además, en su haber con la doctrina concreta y menos conocida de Suárez acerca de los conflictos de leyes.

En el libro III (capítulos XXXII y XXXIII), de su magistral tratado *De Legibus*, aborda el problema del valor territorial y extraterritorial de las leyes, bajo estos enunciados: "Si las leyes particulares de una nación obligan a sus súbditos cuando se encuentran en el extranjero", y "Si las leyes de un territorio obligan a quienes en él habitan".

Funda Suárez la obligatoriedad de la ley en el fin a que está destinada, el bien común, y en el poder indiscutible del legislador para procurarlo mediante las leyes necesarias, cuyos efectos alcanzan a todos cuantos se encuentren en el territorio, nacionales o extranjeros, domiciliados o transeúntes.

Mas no se crea, contra lo que erróneamente pudiera interpretarse de este principio, que Suárez sostenga una tesis territorialista. La obligatoriedad de la ley, tal como él la proclama, no alcanza por igual a nacionales y extranjeros. Afirma, sí, la existencia de leyes obligatorias frente a todos en el ámbito territorial a donde alcanza la soberanía del Estado, porque su inobservancia o la observancia de otras leyes opuestas podría dañar al bien común o a la estabilidad y al orden del Estado (moderno concepto de orden público). Mas, junto a estas leyes territoriales de general e indistinta observancia, señala otras de conceptos *hominis*, que obligan a los súbditos aunque habiten en tierra extraña. Estas leyes fueron dictadas para quienes forman la comunidad, y la comunidad no es—según él define—una simple agregación de individuos que viven en común, sino la resultante de una unión

moral, de la que no participan quienes pertenecen a otra comunidad. "Nada de aquellos que están fuera nos interesa", decía San Pablo. Y de esta frase deduce Suárez que, así como las leyes españolas no obligan a los franceses, así tampoco las leyes francesas obligan a los españoles.

La consecuencia, como se ve, no es ciertamente territorialista; abre, por el contrario, camino a la aplicación de la ley personal, y se basa en principios que responden a la concepción universal antes señalada, de la que son piedras angulares la idea de comunidad internacional y la idea de justicia superior.

CODIFICACIONES CIENTIFICAS
Y POSITIVAS

Lección 9.ª

I.—*Codificaciones científicas.* — A) Colectivas. — El Instituto de Derecho Internacional. Su programa y sus proyectos de codificación del Derecho internacional privado. La Asociación de Derecho Internacional. Sus trabajos en Derecho internacional mercantil, marítimo y terrestre. Congresos jurídicos iberoamericanos. El Instituto Americano de Derecho Internacional y su labor codificadora. El "Restatement" norteamericano. La Academia Internacional de Derecho Comparado. B) Individuales.—Idea de las más importantes.

Examinadas ya las principales escuelas doctrinales en Derecho internacional privado, vamos a hablar ahora de los trabajos científicos colectivos llevados a cabo por las asociaciones de este tipo que se preocupan de preparar proyectos de codificación positiva en nuestra rama jurídica. Estas asociaciones carecen de representación oficial y sus trabajos no vinculan a los Estados; ello les da, en cambio, una mayor libertad científica en sus discusiones y acuerdos.

Los proyectos de codificación elaborados por estos organismos pueden servir, y de hecho han servido más de una vez a los Estados, de modelo en las negociaciones diplomáticas de convenios internacionales, cumpliendo así una misión preparatoria y científica de la más alta importancia.

El *Instituto de Derecho Internacional,* fundado en 1873 por iniciativa del entonces ministro del Interior de Bélgica Rolin Jacquemins, ha venido publicando desde 1874 un

Anuario (interrumpido ahora por la guerra mundial) en el que se recogen todas las ponencias que los miembros redactan, las deliberaciones que median y las resoluciones y acuerdos que recaen. En el Anuario se contienen los razonamientos y propuestas inspirados en los distintos sistemas sobre todas las materias que se discuten, facilitándose así, por la exposición y contraste de tendencias doctrinales diversas, la determinación del estado de la ciencia del Derecho internacional privado en cada momento y a tenor de las necesidades sentidas.

Compónese este Instituto de sesenta miembros y sesenta asociados, elegidos por el propio organismo entre juristas, magistrados y diplomáticos de las más diversas naciones, y a él pertenecemos en la actualidad cuatro españoles.

Su programa, según los estatutos, consiste en examinar aquellas reglas de Derecho susceptibles de ser, en su día, recogidas y adoptadas por los Gobiernos en convenios internacionales, así en Derecho internacional público como en Derecho internacional privado.

Los representantes diplomáticos al negociar los convenios han de moverse en un área más limitada; se hallan coartados por la responsabilidad de los Gobiernos y la limitación de los poderes que les hayan sido conferidos. En cambio, el Instituto tiene una libertad doctrinal absoluta, y no compromete la responsabilidad de los Estados. Las deliberaciones entre juristas de distintas nacionalidades llevan con frecuencia a un provechoso acercamiento doctrinal, que facilita y prepara la futura conclusión diplomática de convenios internacionales; finalidad más hacedera en el orden internacional privado que en el público, por no interponerse con la misma fuerza los obstáculos y dificultades de carácter político.

Es de observar que el Instituto no reduce su actividad científica al estudio del ideal lejano pero no realizable inmediatamente. Por el contrario, prepara proyectos que, sin dejar de significar un avance, no sean demasiados atrevidos y se mantengan en la realidad del momento histórico, para servir de base a posibles convenios. Su propia composición, ya que de él forman parte juristas representativos de los más variados sistemas científicos, requiere una serie de aquiescencias que impiden innovaciones improvisadas y permite tan sólo aproximaciones de viable aceptación por parte de los diversos Gobiernos.

Los proyectos elaborados en materia de Derecho internacional privado refiérense, entre otros temas, a conflictos de leyes en materia de capacidad de las personas individuales y de las jurídicas, tutela, derechos reales, obligaciones, autonomía de la voluntad, forma de los actos jurídicos, quiebra, ejecución de sentencias extranjeras y contrato de trabajo, tema este último cuya ponencia se me confió y fué aprobada en la reunión plenaria de Luxemburgo de 1937, última celebrada antes de la guerra actual, que ha impuesto un forzoso paréntesis a las tareas de esta asociación científica.

Algunos de los proyectos aprobados por el Instituto fueron adoptados luego en conferencias diplomáticas y convertidos en convenios internacionales. Tal ocurrió con el proyecto de 1895 acerca de la tutela de los menores, recogido por la Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya de 1902, en un convenio que para nosotros tiene valor positivo, por haberle prestado España su firma y ratificación.

La *Asociación de Derecho Internacional* (*International Law Association*), cuyo primitivo nombre era el de "Asociación para la Reforma y Codificación del Derecho de Gentes", fué creada en Bruselas, por iniciativa americana el 1873, o sea el año mismo que en Gante fué fundado el Instituto de Derecho Internacional.

La coincidencia cronológica y geográfica en el nacimiento de ambas instituciones no respondió a un afán de competencia, pues la composición y la finalidad de una y otra son diversas.

La Asociación no tiene el número limitado de componentes que el Instituto; el ingreso es libre. Ni todos son juristas, sino que también hay comerciantes, hombres de negocios, armadores de buques, políticos y personas, en general, que se interesan en el fomento de las relaciones internacionales.

A diferencia del Instituto, la finalidad perseguida por la Asociación no es de índole científica sino eminentemente práctica; y aunque tampoco tengan sus acuerdos valor oficial ni obligatoriedad positiva, algunas de las reglas formuladas por la Asociación adquirieron un valor de hecho universalmente admitido, especialmente en el mundo mercantil. Sirvan de ejemplo las famosas reglas de York y de Amberes, de 1877, revisadas el 1890 en Liverpool y el 1824 en Estocolmo, acerca de las averías comunes; y las redactadas en las conferencias de 1908 en Budapest, 1910 en Londres, 1912 en París, 1921 en La Haya y 1926 en Viena, acerca de la letra de cambio.

Dos importantes *Congresos jurídicos iberoamericanos* trataron cuestiones de Derecho internacional privado que afec-

tan a las naciones de nuestra raza: el de Lisboa de 1889, y el de Madrid de 1892.

La reunión de Lisboa de 1889, deliberó acerca del gran problema que plantea la diversidad legislativa que separa a los Estados en la designación de la ley personal, sinónima, según unos, de ley nacional y, según otros, de ley del domicilio.

El Congreso jurídico de Madrid de 1892, promovido por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación para conmemorar el V centenario del descubrimiento de América, tuvo además del realce que le prestaron la asistencia de los jefes de Gobierno de España y de Portugal y numerosos juristas iberoamericanos, el interés de los temas tratados: la forma de organizar el acuerdo entre las legislaciones, y de asegurar la eficacia extraterritorial de las obligaciones y de las sentencias; la propiedad intelectual, artística e industrial, y los abordajes y auxilios en alta mar.

El *Instituto Americano de Derecho Internacional,* compuesto por juristas de las diversas naciones americanas, fué fundado en 1912, y tuvo su primera reunión en Washington el año 1915, celebrando las sucesivas en diferentes capitales de América.

El programa de este Instituto, parecido al de Gante, comprende la codificación del Derecho internacional público y privado.

En su reunión de Lima de 1924, designó una ponencia compuesta por los señores Sarmiento, argentino; Bustamante, cubano, Rodrigo Octavio, brasileño, y Matos, guatemalteco, encargada de preparar un Código de Derecho internacional privado.

Poco tiempo después, el Consejo Directivo de la Unión Panamericana solicitó del Instituto la elaboración de un proyecto de código de Derecho internacional privado, pasando así el intento codificador, del plano especulativo, a la vía oficial que podía convertirlo en norma internacionalmente adoptada por los Gobiernos de América.

El Instituto, bajo la presidencia de Brown Scott, aprobó el proyecto redactado por la comisión de los cuatro, y lo pasó al Consejo Directivo de la Unión Panamericana, que lo remitió, a su vez, a los distintos Gobiernos americanos y, más tarde, a la Comisión de jurisconsultos de Río Janeiro.

Evacuados todos estos trámites preparatorios, el proyecto fué, finalmente, sometido a deliberación en la sexta Conferencia Panamericana, reunida en La Habana el 1928; y de ella salió aprobado, por convenio en que participaron veintiún Estados de América, el Código de Derecho internacional privado, que recibió la denominación de Código Bustamante, por haber sido éste jurista su principal autor.

Importa distinguir el Instituto Americano de Derecho Internacional a que acabamos de referirnos, y el *Instituto de Derecho Americano* (*American Law Institute*) creado en Washington el 1923 por un grupo de juristas norteamericanos, profesores, jueces y abogados, con propósitos de sistematización concretamente limitados al Derecho de los Estados Unidos.

La imprecisión del *common law*, por su predominante carácter jurisprudencial, movió a estos juristas a acometer la tarea de una codificación, que diera forma articulada y concreta a los preceptos extraídos del Derecho común en

sus diferentes ramas, entre ellas el Derecho internacional privado.

Trátase de una codificación privada, no oficial, y es, además, cuestión de principios para sus redactores el considerar que las normas referentes a conflictos de leyes son materia sujeta a perpetua evolución, apreciada y regida por la jurisprudencia, a compás de las necesidades sociales y sin cristalizar en una definición de Derecho permanente.

La codificación relativa al Derecho internacional privado, o *Restatement of the Law of Conflict of Laws,* publicada ya por el Instituto, es fruto de un trabajo de varios años, dirigido por el profesor Beale, que ocupa en la Universidad de Harvard la cátedra Royall, y se quiere por sus redactores que sea una especie de *communis opinio* del estado actual del *common law* que sirva de medio para facilitar la uniformidad de la jurisprudencia y deje abierto el camino a nuevas normas que, en su día, vengan a sustituir las actuales y eviten la petrificación del Derecho.

No tiene, sin embargo, esta compilación el asenso unánime de los juristas norteamericanos, pues de ella disiente, como al hablar de las teorías nacionalistas anticipamos, el profesor Lorenzen, quien se separó de la ponencia redactora del *Restatement,* formó escuela aparte en la Universidad de Yale y escribió, según dijimos, un resumen distinto del Derecho internacional privado americano, para el Repertorio de Derecho internacional que se publica en Francia bajo la dirección de Niboyet.

La *Academia Internacional de Derecho Comparado,* fundada en Ginebra el 1924, está compuesta por treinta profeso-

res de Derecho en calidad de miembros numerarios. Se reune anualmente en La Haya, y tiene una sección dedicada a la codificación del Derecho internacional privado.

Independientemente de estas Corporaciones científicas que de una manera concreta y articulada laboran por la codificación del Derecho internacional, existen otras cuyas tareas se mantienen en un plano especulativo y doctrinal, pero con fines de práctica aplicación al orden internacional público y privado. Tal ocurre con la *Asociación Francisco de Vitoria,* que fundamos en Madrid el año 1926 un grupo de juristas españoles, portugueses e hispanoamericanos.

Esta Asociación ha realizado una labor de investigación y divulgación de las obras de nuestros autores clásicos, con la publicación de sus tratados y la organización de conferencias en la Cátedra Francisco de Vitoria de la Universidad de Salamanca, recogidas en el Anuario de la Asociación. No se persigue con estos trabajos una simple finalidad histórica y doctrinal, sino proyectar aquellos principios sobre la realidad internacional en forma adaptable a las necesidades de nuestro tiempo.

Significación análoga tiene la *Asociación Internacional Vitoria y Suárez,* fundada el 1931 en Cambridge por un grupo de juristas de las más variadas nacionalidades, miembros o asociados todos ellos del Instituto de Derecho Internacional, y cuyas posteriores reuniones en Oslo, París y Luxemburgo fueron siempre paralelas a las del Instituto.

En la reunión de París de 1934, la Asociación Internacional acordó el estudio y publicación de los principios extraídos

de nuestra escuela clásica susceptibles de aplicación actual y futura, como normas rectoras de la vida internacional.

El primer volumen, publicado en 1939 con un prólogo de Brown Scott, expone la doctrina de Vitoria y de Suárez acerca del Derecho de gentes, y desarrolla con este motivo los deberes internacionales que Vitoria señala a los Estados respecto a los extranjeros, al hablar en su Relección *De Indis* del derecho de sociedad y de comunicación natural.

A los ensayos científicos colectivos de codificación, hay que agregar los debidos a iniciativa individual.

El Código de Derecho internacional de Ferrater, publicado en Barcelona en 1846 y 1849, se refería principalmente a materias de Derecho internacional público, pero recogía también las normas positivas entonces existentes en Derecho internacional privado. Otro tanto hizo Olivares en su codificación de reglas legislativas y jurisprudenciales españolas, impresa en Madrid en 1879. Ambas publicaciones perdieron actualidad con la promulgación del Código civil vigente.

Citemos, entre las codificaciones individuales extranjeras, la de Paroldo, de 1851; la de Petruschevecz, de 1861; la de Bluntschli, de 1868; la de Dudley Field, de 1873; la de Fiore, de 1890; la de Internoscia, de 1910; y la de Bustamante, de que ya queda hecha mención.

Lección 10

II.—*Codificaciones positivas internacionales.*—Evolución histórica y características generales. Enumeración de las más importantes. 1) En Europa. Conferencias de Derecho internacional de La Haya. 2) En América. Congreso de Lima de 1878. Congreso de Montevideo de 1888. Conferencias panamericanas de 1928 y 1933. Congreso de Montevideo de 1939. 3) Mundiales. Trabajos codificadores de la Sociedad de Naciones en materias de nacionalidad, letra de cambio, cheques y procedimiento arbitral. Juicio de conjunto acerca de la naturaleza, los métodos y los resultados de las codificaciones internacionales.

El Derecho internacional privado colectivo, cuyo instrumento es el convenio internacional, recuerda en cierto modo, como observa justamente Gutzwiller, la comunidad de Derecho existente entre las naciones continentales de Europa en la época anterior a la Revolución francesa, pero con una diferencia que importa señalar.

La comunidad de Derecho anterior reposaba sobre principios materiales comunes, heredados del Derecho romano y espontáneamente definidos en las reglas doctrinales de los juristas y en las decisiones prácticas de los jueces, sin pasar antes por la formulación positiva de un legislador nacional o internacional. Su autoridad, puramente científica, procedía tan sólo del entronque con el Derecho del pueblo-rey, considerado como la razón escrita común a todos los pueblos de la Europa civilizada que sobrevivió a la caída del Imperio de Occidente.

Terminado el largo período histórico que transcurre desde la glosa de Acursio hasta fines del siglo XVIII, abierta

la época de las codificaciones nacionales con el Código de Federico el Grande de 1794, y difundida esta vía por el Código Napoleón de 1804, no era posible ya al Derecho internacional privado partir de la existencia de un Derecho común, y hubo de contar con la diversidad de sistemas legislativos nacionales, como postulado previo para la formación de un Derecho superestatal o, como diría Zitelmann, de un Derecho superior y verdaderamente internacional.

La codificación colectiva, no tropieza en Derecho internacional privado con los graves obstáculos de orden político que en Derecho internacional público, mas no deja, sin embargo, de encontrar en su camino dificultades de consideración, que retardan y limitan el avance. Estas dificultades dimanan de las divergencias jurídicas, morales y económicas que separan y caracterizan a los distintos sistemas nacionales, y del apego que el legislador y el juez de cada nación tienen a sus propias instituciones civiles y a su peculiar concepción del Derecho.

No se limita la contraposición de sistemas positivos al Derecho material interno de los diversos Estados; extiéndose, además, a las normas de Derecho internacional privado contenidas en las codificaciones nacionales del continente europeo o manifestadas en la jurisprudencia de los pueblos anglosajones. Y así, en materia de personas y Derecho de familia, unos sistemas adoptan la ley nacional y otros la ley del domicilio; en materia de bienes, unos mantienen la distinción estatutaria entre muebles e inmuebles, y otros someten indistintamente ambas clases de bienes a la ley del lugar; en materia sucesoria, unos establecen un régimen de unidad, a base de la ley nacional del causante, y otros siguen un sistema de fraccionamiento, sujetando los bienes muebles a la ley personal y los inmuebles a la

lex rei sitae. Sin contar con la diversa concepción moral, especialmente en orden a la familia, según que acepten el divorcio o mantengan el principio de indisolubilidad del vínculo, y las más profundas divergencias que separan en cuanto al Derecho de familia y al régimen de propiedad, el sistema soviético ruso de los demás ordenamientos nacionales.

El mayor esfuerzo codificador realizado en Europa, débese a las *Conferencias de Derecho Internacional Privado de La Haya,* periódicamente reunidas, con intervalos anormales debidos a razones políticas y a períodos de guerra, desde su iniciación a fines del pasado siglo. La tarea de estas Conferencias se vió facilitada con los anteproyectos elaborados por el Instituto de Derecho Internacional.

Escasa fortuna tuvieron las dos primeras reuniones celebradas en 1893 y 1894. Su labor fué prolija; pero, de los numerosos proyectos redactados, tan solo uno relativo a procedimiento civil obtuvo las firmas y pasó a ser convenio, en 1905.

No fué, sin embargo, baldío el trabajo realizado, pues la III Conferencia de La Haya pudo ya deliberar sobre los materiales que aquellos proyectos la brindaban y lograr la firma de una docena de Estados—aun cuando no todos hubieron luego de prestar su ratificación—a tres convenios, de 12 de junio de 1902, sobre matrimonio, divorcio y separación de cuerpos, y tutela de menores.

Limitado el radio de acción de estos convenios a los Estados de la Europa continental, fué posible el acuerdo de atribuir predominio a la ley nacional en las cuestiones de capacidad y de fondo. La ley del lugar entra en juego, o concurrentemente con la ley nacional en materia de impedimentos y de di-

vorcio, o subsidiariamente, en materia de tutela, según se dirá con más detalle en Derecho civil internacional; pero la primacía fué reconocida a la ley nacional, no a la del domicilio, lo que no hubiera sido realizable con la participación de los Estados anglosajones en el acuerdo.

La IV Conferencia de La Haya—en la que estuvo representado el Japón, aun cuando no firmase los acuerdos—elaboró tres nuevos convenios relativos a efectos del matrimonio, interdicción y procedimiento civil, que llevan la fecha de 1905. Tanto el de efectos personales y patrimoniales del matrimonio como el de interdicción, están inspirados en el mismo principio de la ley nacional que los convenios de 1902.

El escollo principal para la viabilidad de un acuerdo de conjunto en orden al Derecho de familia, residía en motivos de índole religiosa y moral, referentes a la forma sacramental o civil del matrimonio y a la naturaleza disoluble o no del vínculo matrimonial. La discrepancia surgía si un matrimonio que según la ley nacional estaba sujeto a una forma religiosa, se acogía a una forma laica admitida por la ley del lugar de celebración; o si un divorciado o un ordenado *in sacris*, cuya ley nacional se lo veda, quisiera contraerlo en una nación, cuya ley lo permite o, en fin, para no multiplicar los ejemplos, al suscitarse la admisión del divorcio entre extranjeros y conforme a su ley nacional.

La III y la IV Conferencias de La Haya trataron de salvar en cierto modo estos obstáculos y recabar el asentimiento unánime de los Estados asistentes a sus reuniones, mas no lo consiguieron. El Gobierno ruso, cuya legislación exigía entonces una forma religiosa bajo pena de nulidad, pidió que el matrimonio no religioso de rusos en el extranjero fuese declarado

nulo incluso en el lugar de celebración. Desechada esta enmienda, Rusia no firmó el convenio, España y Austria no ratificaron ni el convenio de 1902 relativo al matrimonio ni el de igual fecha referente al divorcio. El de 1905 sobre efectos del matrimonio, no obtuvo la firma de España, de Austria, de Hungría ni de Suiza.

Los convenios aludidos preveían una duración de cinco años, tácitamente renovable de cinco en cinco años, salvo denuncia. Francia hizo uso de esta facultad y denunció los tres convenios de 1902, en 1913, y los dos de 1905, en 1916, por diferencias surgidas en la interpretación y ejecución de aquellos acuerdos. Otro tanto hizo Bélgica con relación a los dos convenios de 1902, referentes al matrimonio y al divorcio, y Suiza, respecto a este último.

Los protocolos de 1923 y 1924 abrieron la puerta a la adhesión de los nuevos Estados reconocidos en los Tratados de paz de 1918, y sucesivamente manifestaron su propósito de prestarla Yugoslavia, Checoslovaquia, Finlandia, Polonia, Lituania y Letonia pero dilatando, salvo Polonia, la ratificación formal, por el estado constituyente de sus codificaciones internas en materia de Derecho internacional privado.

España dió su firma y su ratificación al convenio de 1902 sobre tutela de menores, y al de 1905 sobre procedimiento civil.

La V y VI Conferencias celebradas en 1925 y en 1928 ofrecieron con relación a las anteriores la novedad de contar entre sus participantes a Inglaterra y a los nuevos Estados. De la V salieron dos proyectos de convenio referentes a la quiebra y a la ejecución de sentencias extranjeras; de la VI, cuatro proyectos de convenio sobre competencia del Tribunal

Permanente de Justicia Internacional para interpretar los convenios de Derecho internacional privado de La Haya, conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de sucesiones y de testamentos, asistencia judicial gratuita y procedimiento civil, aparte diversas modificaciones a los convenios de 1902 y 1905, especialmente para regular los casos de apatridia y de doble nacionalidad.

De todos estos proyectos, el que más pronta aceptación encontró fué el relativo al reconocimiento de competencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional en materia de interpretación, firmado en 1931 por seis naciones, entre ellas, España.

La codificación del Derecho internacional privado en América tuvo por primera manifestación colectiva el *Congreso de jurisconsultos de Lima* reunido el 1878 con la participación de diversos Estados hispanoamericanos, cuyas deliberaciones cristalizaron en un convenio donde se regulaban materias de Derecho internacional privado.

El Congreso de Lima adoptó el principio de nacionalidad para las relaciones personales. Por ésta y por otras causas de división en los criterios, el convenio no fué ratificado.

Mejor fortuna cupo, relativamente, al *Congreso de Montevideo* de 1888, del que salieron aprobados varios proyectos de convenio referentes a Derecho civil, mercantil, penal y procesal, propiedad literaria y artística, marcas de fábrica, patentes de invención y ejercicio de profesiones liberales, mas un protocolo adicional sobre aplicación de las leyes extranjeras.

A diferencia del Congreso de Lima, el de Montevideo se

pronunció, no sin largas discusiones y fuerte oposición, por el principio del domicilio para la regulación de las relaciones personales. Pero solamente cinco naciones de la América meridional y central ratificaron estos tratados, y fué vano el llamamiento dirigido para su aprobación general por la primera Conferencia panamericana reunida en Washington el 1889.

Análoga preocupación por la obra codificadora en Derecho internacional privado mostraron las sucesivas *Conferencias panamericanas,* hasta culminar en la aprobación del Código Bustamante, por la sexta Conferencia reunida el año 1928 en La Habana, a base de los acuerdos de la Comisión de jurisconsultos de Río Janeiro, y tras el proceso de elaboración que en la lección anterior quedó resumido.

El Código Bustamante contiene cuatro libros referentes al Derecho civil, al mercantil, al penal y al procesal, aparte un título preliminar en el que se contienen ocho reglas generales. Comprende 437 artículos.

En tres grandes categorías se distribuyen las normas de Derecho internacional privado escalonadas a lo largo del Código Bustamante: leyes personales, regidas por la nacionalidad o el domicilio; leyes territoriales, regidas por el principio del orden público internacional; leyes facultativas, regidas por el principio de autonomía de la voluntad.

El sistema transaccional y flexible adoptado en materia de ley personal, piedra de toque de las dificultades codificadoras en América, permitió el acuerdo sobre la base de reconocer a cada Estado la facultad de aplicar como ley personal la del domicilio, la nacional, o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación anterior. Mas no por esa amplitud, sin preferencia determinada ni criterio uniforme, dejó de susci-

tar reservas, que fueron formuladas por diversos Estados firmantes en relación con este debatido cruce de criterios acerca de la ley personal, que divide a la doctrina y a las legislaciones interiores de América.

El Código Bustamante representa en todo caso una importante aportación a la obra codificadora del Derecho internacional privado; y, dos años después de su firma, había sido ratificado ya por la mayoría de las veintiuna naciones americanas que asistieron a la Conferencia de La Habana. Los Estados Unidos declararon en el Acta final de la Conferencia su abstención inicial por motivos de orden legislativo interior, añadiendo a esta reserva la limitada esperanza de poder más adelante "adherirse en parte o en una parte considerable a sus estipulaciones".

La VII Conferencia panamericana, celebrada en Montevideo en 1933, elaboró un convenio sobre la nacionalidad en general y otro sobre la nacionalidad de la mujer casada, que fueron firmados por casi todos los Estados representados en la Conferencia, aunque con reservas por parte de algunos. El principio, "moderno" según la subcomisión, en que el acuerdo se inspira es el de la dualidad de nacionalidades en los esposos, ya que "ni el matrimonio, ni su disolución, afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos" (Art. 6), con lo que se abandona el principio de unidad de nacionalidad en la familia.

El segundo *Congreso suramericano de Derecho internacional privado* reunido en *Montevideo* el 1939, aprobó cuatro tratados sobre Derecho civil internacional, Derecho procesal internacional, Derecho de navegación mercante internacional y Derecho mercantil terrestre internacional.

La innovación más importante introducida en el tratado

de Derecho civil internacional con relación al Código Bustamante fué la adopción, en principio, de la ley del domicilio para regir las relaciones personales, aunque con determinadas variantes, tales como la de hacer regir los efectos jurídicos de la ausencia por la ley del lugar donde se encuentren los bienes, la capacidad para contraer matrimonio, por la ley del lugar de celebración, y la sucesión, por la ley de situación del caudal relicto al tiempo de la muerte del causante. Este tratado fué suscrito por la Argentina, Bolivia, Colombia, Uruguay, Paraguay y Perú. Los otros tres, fueron, además, firmados por el Brasil y el de navegación internacional, por Chile.

La norma internacional indecisa del Código Bustamante en materia de ley personal fué, pues, sustituída en el segundo Congreso suramericano de Derecho internacional privado para las naciones firmantes—que no son todas las de la Conferencia de La Habana—por una nueva adopción de la ley del domicilio, que medio siglo atrás había sido proclamada en el propio Montevideo, como principio regulador de las relaciones personales.

La *Sociedad de Naciones* acometió en 1924, con miras codificadoras de alcance mundial, los trabajos preparatorios de la *Primera Conferencia para la codificación del Derecho Internacional* que hubo de celebrarse el 1930 en La Haya. La denominación con que fué bautizada, no parece muy exacta en el orden cronológico, pues la propia capital holandesa había servido antes de sede a repetidas Conferencias codificadoras de Derecho internacional público y privado. Ni tampoco se justificaba el título por razón de universalidad y en contraste con el más reducido círculo europeo de las Conferencias de

Derecho internacional privado de La Haya que acabamos de recordar, si se tiene en cuenta el considerable número de Estados hispanoamericanos abstenidos en la de 1930.

Sobre tres materias recayó la tarea codificadora encomendada a esta última conferencia: nacionalidad, aguas territoriales y responsabilidad de los Estados por daños causados a los extranjeros en su territorio.

Concretándonos a la de conflictos de leyes en materia de nacionalidad, única que interesa a nuestro estudio, el art. 1.º del convenio declara que corresponde a cada Estado determinar en su legislación quiénes son sus nacionales. Esta legislación—añade el artículo—debe ser admitida por los demás Estados, "siempre que esté de acuerdo con los convenios internacionales, la costumbre internacional y los principios de Derecho generalmente reconocidos en materia de nacionalidad".

El convenio de 1930 va principalmente enderezado a evitar los casos de apatridia y de doble nacionalidad, y a regular la nacionalidad de la mujer casada. La complejidad de la materia y la disparidad de criterios redujo a límites modestos los acuerdos recaídos, reduciéndose los de mayor importancia a simples votos y recomendaciones, que figuran en el Acta final de la Conferencia. El resultado positivo no correspondió al esfuerzo doctrinal de los juristas que elaboraron los cuestionarios y proyectos de convenio internacionales, donde siempre podrán hallarse, sin embargo, materiales útiles para el avance codificador.

En su reunión de 1935, la Sociedad de Naciones deliberó acerca de las posibilidades de generalización a todos los Estados Miembros de la Sociedad, del principio de igualdad de los

sexos en materia de nacionalidad, adoptado por la Conferencia panamericana de Montevideo en 1933.

Las divergencias surgidas en torno a este problema y la oposición manifestada por las naciones partidarias del principio de unidad de la familia, hicieron imposible el acuerdo y condujeron a una resolución platónica y anodina, en la que se mencionaba el esfuerzo realizado por las naciones americanas para regular la nacionalidad de la mujer casada; se recordaba a los Miembros de la Sociedad de Naciones que el convenio de Montevideo está abierto a la adhesión de todos los Estados; se dirigía un llamamiento a los Estados firmantes del convenio de 1930 para que lo ratificaran; y se pedía al Consejo que siguiera de cerca la evolución del problema de la nacionalidad de la mujer casada, tanto en el orden nacional como en el internacional, a fin de apreciar el momento en que esta evolución haga posible un acuerdo.

La codificación internacional de las reglas sobre la nacionalidad de la mujer casada—comenta Makarov a la vista de estos resultados—queda dividida en dos ramas: el convenio de La Haya de 1930, elaborado bajo los auspicios de la Sociedad de Naciones, que contiene soluciones encaminadas a evitar la apatridia o carencia de nacionalidad en la mujer casada, sin tocar los principios fundamentales de las legislaciones internas sobre nacionalidad, y el convenio panamericano, que sienta principios llamados a ser bases de la legislación sobre nacionalidad en las naciones que los adopten.

La naturaleza cosmopolita del Derecho mercantil y, más concretamente, de los instrumentos de cambio, impulsaron a

la Sociedad de Naciones a promover la conclusión de varios acuerdos relativos a esta última materia

Tres convenios fueron adoptados en Ginebra en el año 1930 sobre la *letra de cambio*: uno, que contiene una ley uniforme; otro, destinado a regular ciertos conflictos de leyes en esta materia; otro, relativo a derechos de timbre. Tres convenios más fueron firmados, en 1931, con temas paralelos a los de la letra de cambio, en materia de *cheques*.

Son tan adjetivas las particularidades nacionales y tan universales los rasgos comunes en estas dos instituciones mercantiles, que el intento codificador—compartido por veinticinco Estados europeos, americanos y asiáticos—pudo no contentarse con la uniformidad de las normas de Derecho internacional privado y perseguir al propio tiempo la uniformidad de las normas materiales, empeño distinto aunque inspirado en análogo afán.

Los convenios relativos a la letra de cambio han sido ratificados, aunque con reservas, por diecisiete Estados, y los referentes al cheque, por dieciséis. Quedan diez Estados más, entre ellos España, que dieron su firma pero no han prestado hasta ahora su ratificación a ninguno de estos acuerdos.

En el marco de la Sociedad de Naciones, fué también estipulado entre varios Estados miembros de la Sociedad, el *protocolo de Ginebra* relativo a las *cláusulas de arbitraje*, firmado el año 1923.

Cada uno de los Estados contratantes reconoce en este protocolo la validez del compromiso arbitral y de la cláusula de arbitraje entre partes sometidas a la jurisdicción de diversos Estados contratantes y suscritoras de un contrato, cuando en

él se obligan los interesados a someter en todo o en parte las diferencias que puedan surgir a un arbitraje, incluso en el supuesto de que dicho arbitraje deba tener lugar en una nación distinta de aquellas a cuya jurisdicción esté cada uno de los contratantes sometido.

El arbitraje puede, en principio, versar sobre materia comercial o sobre cualesquiera otra cuestión susceptible de ser resuelta por este medio; pero cada Estado contratante se reserva la libertad— y bastantes hicieron uso de ella—de restringir el alcance del protocolo a los contratos que son considerados mercantiles por su Derecho nacional. España y veintiséis Estados más de los treinta y ocho firmantes, han dado ya su ratificación.

En *Ginebra* fué asimismo firmado, en 1927, un convenio para la *ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, estrechamente ligado con el anterior, que ha obtenido ya la ratificación de veintidós Estados, entre los que figura España, quedando tan sólo pendiente de prestarla tres de los Estados que firmaron el acuerdo.

Una ojeada de conjunto sobre las codificaciones positivas internacionales en Derecho internacional privado, servirá para puntualizar su naturaleza, sus métodos y sus resultados.

La naturaleza de estas codificaciones difiere de las del Derecho interno. No abarcan un conjunto de instituciones y relaciones específicamente afines, para regularlas directamente con un sistema ordenado a la manera que en el orden interno lo haga un Código civil, mercantil o procesal. Al contrario: parten normalmente de la diversidad legislativa de los ordenamientos nacionales, que en los Códigos internos ha encontrado

su solemne expresión, para procurar la uniformidad de las normas de Derecho internacional privado, que señalan a cada categoría de relaciones la ley que ha de regirlas. La uniformidad del Derecho material, al modo de la citada en cuanto a la letra de cambio y al cheque, parte del mismo supuesto, la diversidad legislativa, y persigue la supresión de las propias dificultades para el comercio jurídico internacional, pero por camino distinto, rara vez practicable y que no constituye una codificación propiamente dicha de normas de Derecho internacional privado.

El método seguido es diverso en las codificaciones europeas y en las americanas. Las Conferencias de La Haya se atuvieron a un método progresivo. Concretaron su atención a determinados temas, los que parecieron más propios y maduros para el acuerdo, y definieron sus normas internacionales en ese ámbito limitado, con escalonamiento en las etapas de realización. Las codificaciones americanas siguieron, en cambio, un método integral y abarcaron la obra en su conjunto, en el orden civil, en el mercantil, en el penal y en el procesal.

La diferencia de método en los dos continentes, es corolario lógico del distinto cuadro que ofrecen sus respectivos ordenamientos legislativos nacionales. Las singularidades y contrastes que caracterizan y distinguen a estos ordenamientos, así en el orden jurídico, como en el moral, el religioso, el social y el económico, son mucho más acusadas en el continente europeo que en el americano, sobre todo si se considera que, prácticamente, la obra codificadora en el Nuevo Mundo se ha limitado a las naciones de origen español y portugués, cuyas tradiciones y mentalidad son tan afines.

El centro de las divergencias en América, la opción entre

ley nacional o ley del domicilio para regir las relaciones personales, es un problema surgido después de la proclamación de independencia en las naciones hispanoamericanas, y las fluctuaciones se explican porque tanto uno como otro principio tienen su antecedente en la común tradición jurídica: el nacional, si se mira a la norma de conflicto; el del domicilio, si se recuerda el régimen existente entre las antiguas provincias españolas de Ultramar.

Caso distinto es el de los Estados Unidos, donde no podía surgir ni surgió esa pugna de criterios, porque la tradición jurídica anglosajona estaba bien definida a favor de la ley del domicilio, así para las relaciones personales de radio de acción extranjero como para las de círculo interno nacional.

La preferencia que, finalmente, parecen mostrar las naciones hispanoamericanas del sur por la ley del domicilio, más bien que en razones de tipo doctrinal, se funda en motivos de índole práctica, como medida defensiva frente al mosáico legislativo que la multiplicidad de leyes nacionales produce en naciones de gran inmigración.

Fenómeno análogo se ha operado en el continente europeo con relación a Francia, al trocarse la corriente emigratoria del tiempo en que fué promulgado el Código Napoleón, propugnador de la ley nacional, por la fuerte corriente inmigratoria de este último medio siglo, que ha determinado un movimiento en pro de la ley del domicilio, concretado por el profesor de la Facultad de Derecho de París, Weis, en la siguiente frase: "Mantener la ley de la nacionalidad equivaldría para Francia a una verdadera *abdicación de soberanía.*"

Finalmente, los resultados de la obra codificadora están en razón inversa del antagonismo legislativo que exista entre los

ordenamientos nacionales a quienes el acuerdo se extienda. Lo acabamos de comprobar a propósito del método, en orden a la extensión de la materia regulada, fragmentaria en los convenios de La Haya, total en la codificación americana. Lo encontramos también, respecto al fondo de los acuerdos, en la distinta suerte corrida por los relativos a la nacionalidad de la mujer casada, en la Conferencia de Montevideo de 1933, únicamente entre naciones americanas, y en la Asamblea de la Sociedad de Naciones de 1935, donde intervinieron Estados de los cinco continentes, entre ellos la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. En tal ambiente, no podía esperarse la recíproca confianza que en América pudieron tener al concertar tal acuerdo, ni por sus consecuencias morales y jurídicas en la institución familiar, ni por sus repercusiones políticas indirectas para la seguridad de la sociedad y del Estado.

La guerra de 1914-18 interrumpió la periódica celebración de las Conferencias de La Haya, y no dejó en las naciones un espíritu propicio a la franca conclusión de nuevos acuerdos.

La insolidaridad política entre los antiguos beligerantes constituía ya un grave obstáculo, al que vino a añadirse otro nuevo: la insolidaridad moral de todos con los soviets. La actual guerra mundial representa un nuevo paréntesis y abre nuevas incógnitas que, transitoriamente, detienen y dificultan la obra codificadora en Derecho internacional privado. El problema a que esta obra responde es, sin embargo, universal y permanente; y, la necesidad de buscarle adecuada solución por vía de acuerdos internacionales, renacerá a la hora de la paz, cuando las pasiones de la lucha se serenen y otros más inmediatos empeños lo permitan.

Digamos para terminar que ninguna dificultad jurídica se opone a la participación del Estado vaticano en Conferencias de Derecho internacional privado. El artículo 24 del Tratado de Letrán, al declarar que la Santa Sede permanecerá ajena a las querellas temporales entre los Estados y a las reuniones internacionales convocadas para resolverlas, quiso evidentemente referirse a cuestiones políticas, pero no a materias de competencia legislativa y jurisdiccional, que también a la Ciudad del Vaticano interesan, por regir en ella especiales normas jurídicas y contar para aplicarlas con tribunales propios.

Lección 11

III.—*Codificaciones positivas nacionales.*—Influjo de la doctrina. Tres etapas en la obra codificadora: a) Legislaciones inspiradas en la teoría de los estatutos. b) Legislaciones inspiradas en las teorías clásicas. c) Legislaciones inspiradas en las teorías modernas. Derivaciones positivas del proyecto austriaco de 1913. El Código civil italiano de 1942. Rasgos más salientes de las codificaciones nacionales en Derecho internacional privado. Singularidad del Derecho soviético en materia de colisión de leyes. La obra codificadora de España.

Rota con la Revolución francesa la unidad jurídica sustancial que el Derecho romano había dado a Europa, la disgregación legislativa en nuestro continente se acentúa, y el Derecho internacional privado experimenta las repercusiones que, tambien a su campo, trajo la formación sobre nuevas bases de los modernos Estados nacionales.

Nuestra disciplina, que hasta entonces se había mantenido en el área de la doctrina y de la jurisprudencia, con remota geneología romana y sobre el fondo común de la teoría estatutaria, abandona en parte aquella fuente universal y trata de nacionalizar sus normas.

Los nuevos Códigos reflejan ya el particularismo jurídico, social y positivo de cada Estado. Las normas de Derecho internacional privado participan en cierto modo de este espíritu, fomentado por la teoría de las nacionalidades, pero sin volver la espalda a la tradición jurídica común, cuyos principios y cuya técnica influyen visiblemente en las codifica-

ciones de Derecho internacional privado realizadas a partir de fines del siglo XVIII.

Los primeros Códigos aparecidos con normas relativas a esta materia se inspiran en la teoría estatutaria.

A dicha categoría pertenece el Código de Federico de Prusia de 1794, el de Maximiliano de Baviera de 1756, el Código Napoleón de 1804, el austriaco de 1811, la ley holandesa de 1829 y, en general, todos los Códigos que siguieron el patrón francés, en la primera mitad del siglo XIX.

La huella estatutaria se advierte en el Código prusiano, cuando regula los derechos personales por la ley del domicilio y somete a esta misma ley los bienes muebles, reservando la *lex rei sitae* tan sólo para los inmuebles.

Donnedieu de Vabres pone de relieve el influjo ejercido por la teoría de los estatutos en el Código Napoleón y en la jurisprudencia francesa. Unger y Püttlingen demuestran análogo ascendiente estatutario en la elaboración del Código civil austriaco.

Las normas de Derecho internacional privado contenidas en estas primeras codificaciones son escasas y no aparecen órganicamente agrupadas. Junto a las reglas tomadas de la doctrina estatutaria, el Derecho sustantivo de aquellos Códigos estaba imbuído de los principios que sirvieron de lema a la Revolución francesa. Tres de ellos ejercieron especial influjo en las reglas de Derecho internacional privado del Código Napoleón y en las legislaciones y jurisprudencias nacionales seguidoras de su pauta y penetradas de su espíritu: 1) la abolición del feudalismo, que abrió brecha en la territorialidad de las costumbres regionales e impuso la unidad legislativa

del Estado; 2) la exaltación de los derechos individuales y el sentido expansivo del nacionalismo político, traducida en un mayor ensanchamiento del estatuto personal (iniciado ya por la escuela estatutaria francesa del siglo XVIII) y en la declaración (art. 3°) de que "las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas rigen para los franceses, aunque residan en país extranjero"; 3) la secularización del Derecho de familia, que vino a producir honda divergencia con las legislaciones que mantuvieron el matrimonio religioso y contribuyó en gran parte a originar las graves restricciones de orden público internacional, desconocido cuando en Europa regía la doble unidad jurídica y moral del Derecho romano y del canónico.

Una segunda etapa en la obra codificadora se desarrolla a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX, bajo la influencia doctrinal de las escuelas clásicas, especialmente, de Savigny y de Mancini. La de Story y su escuela se dejó también sentir fuertemente en el mundo anglosajón, pero más bien en la formación consuetudinaria y jurisprudencial del *common law*, cuyas leyes escritas son minoría y no constituyen un Código a usanza continental, ni en Inglaterra ni en los Estados Unidos; por esto no las consideramos aquí.

La teoría de Savigny fué seguida por el Código del Reino de Sajonia, de 1833, y por las legislaciones bálticas y griega en diversas materias, entre ellas, al adoptar la ley del lugar de ejecución como reguladora de las obligaciones contractuales.

El influjo de esta teoría fué muy señalado en el Código de Zurich y en los de otros cantones suizos, en la jurisprudencia alemana y en el Código civil alemán de 1900, cuya repercusión

fué tan considerable que, aun antes de empezar a regir en Alemania, su proyecto había servido ya de modelo, con ligeras modificaciones y mejoras, a la ley japonesa de 1898.

Apártase el Código alemán de la teoría de Savigny al sustituir la ley del domicilio por la nacional, para la regulación del estado y capacidad de las personas; mas ello toca a sólo una faceta, cuya razón de ser en el jurista de Berlín es muy explicable, si pensamos en el fondo romanista de su obra y recordamos que, al estudiar los conflictos de leyes en el espacio, no se limitó a los casos de Derecho internacional privado, sino que abarcó también los conflictos interregionales entre legislaciones diversas bajo una misma soberanía, todo lo cual le inclinaba, por tradición y por necesidad, a la ley del domicilio.

Ejemplo típico de la influencia mundial ejercida por Savigny en la obra codificadora son las reglas de Derecho internacional privado contenidas en el Código civil argentino de 1871. Su autor, Dalmacio Vélez Sarsfield, era discípulo de Savigny y siguió fielmente las doctrinas del gran maestro alemán. El sistema de Derecho internacional privado argentino no es por ello exclusivista; se inspira en principios jurídicos de orden superior y admite con amplitud la aplicación de la ley extranjera, salvo el límite del orden público internacional.

Análoga genealogía ideológica ofrece el Código civil brasileño de 1916. En cuanto a su forma, sigue el mismo sistema que el alemán de 1900: las disposiciones de Derecho internacional privado se encuentran en una ley de introducción al Código. En cuanto a su fondo, responden a la concepción que parte del principio de sociedad internacional y se dirigen a regular, dentro de ella, las relaciones de orden privado.

Mancini y su escuela contribuyeron a la adopción de la ley

nacional, para regir la capacidad y el Derecho de familia, en el Código civil italiano de 1865, en el portugués de 1868, en la ley federal suiza de 1881, en el Código civil español de 1889 y en el alemán de 1900, que marca el tránsito de la etapa clásica a la moderna, bajo el signo de Savigny.

La tercera etapa codificadora, comprende lo que va recorrido del siglo XX; en su orientación y desarrollo, han influído decisivamente las doctrinas modernas.

Las codificaciones de este siglo, a excepción de las leyes soviéticas, se inspiran fundamentalmente en la idea de justicia, que aproxima y asemeja, en vez de distanciar y contraponer, a los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, aunque con la reserva del orden público internacional, que ejerce en cada ordenamiento interno una función defensiva frente a toda ley extranjera que pugne con los principios esenciales, morales, jurídicos o económicos de la ley del juez.

La concepción de estos recientes sistemas, es más completa que en los anteriores, y la técnica, más perfeccionada. No se trata ya de unos cuantos artículos inconexos, sino de una depurada ordenación de materias y revisión de soluciones a base de mantener las reglas tradicionales de probada justicia y utilidad, a la vez que se rectifican sus errores o se completan sus lagunas con nuevas normas innovadoras, que la ciencia y la experiencia aconsejan.

Para no diluir nuestra atención en un examen analítico de cada una de estas codificaciones nacionales, la fijaremos en las más características de la época contemporánea: 1) la austriaca de 1913, con sus derivaciones en las legislaciones de los nuevos Estados creados o engrandecidos tras la guerra

1914-18, sobre las ruinas de la doble Monarquía danubiana; 2) la italiana de 1942; 3) la soviética, limitada a algunas disposiciones sueltas y precarias, que luego citaremos.

Por lo que toca al Derecho anglosajón, nos remitimos a lo ya dicho en las lecciones 5.ª, 6.ª y 9.ª, pues su índole eminentemente consuetudinaria no permite incluirlo entre las codificaciones escritas.

El anticuado sistema del *Código civil austriaco* de 1811 en materia de Derecho internacional privado, no respondía ya un siglo más tarde, ni a las exigencias científicas ni a las necesidades sociales. La doctrina y la jurisprudencia coincidían en urgir la promulgación de un nuevo sistema; y, en vísperas casi de la otra gran guerra, en 1912, el Ministerio de Justicia recibió encargo de redactar un proyecto especial sobre Derecho internacional privado. No obstante pasar por la triple criba de tres sucesivos proyectos, el encargo pudo quedar ultimado en 1913.

La exposición de motivos, redactada por Walker, consignaba las fuentes que habían servido de directa orientación al proyecto. Estas eran: las disposiciones de Derecho internacional privado del Código austriaco de 1811, las del Código alemán de 1900, los convenios de La Haya en materia de familia, y los acuerdos del Instituto de Derecho Internacional en materia de obligaciones contractuales. Además, y en grado muy especial y preferente, las doctrinas de De Bar y de Zitelmann.

La suerte del proyecto quedó malograda por el estallido de la otra gran guerra en 1914, pero la semilla fructificó en

los nuevos Estados sucesores, salidos en 1918 de la Conferencia de Versalles.

La Comisión redactora, a pesar de las injustas acusaciones de absorbente centralismo frecuentemente atribuídas al Imperio austrohúngaro, no estaba tan sólo integrada por juristas vieneses. De ella habían sido miembros el profesor Krcmar, de la Universidad de Praga, y el profesor Zoll. de la Universidad de Cracovia, principal autor del proyecto imperial. No es extraño que, con tales antecedentes doctrinales, el común entronque jurídico y la similitud de necesidades prácticas, las dos nuevas tareas codificadoras se nutrieran, tanto en Checoslovaquia como en Polonia, del ya maduro fruto elaborado en Viena, y de la misma savia, que en tan grande parte correspondía a De Bar y a Zitelmann, cuya amplitud de miras y cuyo rigor científico tuvimos, al exponer los rasgos más salientes de sus teorías, ocasión de comprobar.

La unificación legislativa civil se vió en Checoslovaquia facilitada por el hecho de que, la diversidad existente al tiempo de ser reconocida su independencia, no formaba un mosáico al modo que en Polonia, Rumania o Yugoslavia, y se reducía a sólo dos ordenamientos: el Código civil austriaco, que regía en la antigua Corona de Bohemia, y el Derecho húngaro—casi todo él consuetudinario y muy parecido al austriaco en Derecho internacional privado—vigente en Eslovaquia y en la Rusia subcarpática.

El proyecto de Derecho internacional privado, cuyo texto fué hecho público en 1931, pudo por esta circunstancia aplazarse sin dificultad, aun cuando ya estaba suficientemente en sazón, para insertarlo en el nuevo Código civil checoslovaco y que en-

trara a regir, formando un todo orgánico, juntamente con las disposiciones de Derecho sustantivo.

La múltiple variedad legislativa en Polonia, hizo más apremiante la unificación de las normas de Derecho internacional privado, sin aguardar a la unificación del Derecho sustantivo, lenta y difícil de realizar allí donde coexistían hasta cinco legislaciones, algunas de muy diversa raíz: polaca de modelo francés, alemana, rusa, austriaca y húngara.

La ley polaca de 1926 puso término a la diversidad interna de normas en materia de Derecho internacional privado, ya que cada una de aquellas cinco legislaciones tenía y aplicaba su propio sistema, hasta que dicha ley instituyó uno solo, cuya suerte futura está subordinada a las eventualidades de la actual guerra mundial, pero cuyo contenido es, en todo caso, útil consignar, por el valor doctrinal representativo que en la obra codificadora contemporánea le da su directa vinculación con el proyecto austriaco en 1913, que sobrevivió a la desaparición del viejo Imperio danubiano.

Sus 42 artículos tratan, sucesivamente, de estas materias: personas, forma de los actos jurídicos, derechos reales, obligaciones, derechos matrimoniales, relaciones entre padres e hijos, tutela, sucesiones y disposiciones generales. Aparte interpolar ajenas materias entre la que atañe a las personas y la que toca al Derecho de familia, cuya continuidad en el texto legal hubiera sido preferible mantener, la estructura de esta ley responde a un criterio orgánico, lógicamente desarrollado.

La capacidad de las personas es regida por la ley nacional; la forma, por la regla *locus regit actum;* los derechos reales, por la *lex rei sitae* sin distinción entre bienes muebles e inmuebles. En materia de obligaciones adopta muchas de las pro-

puestas formuladas por el Instituto de Derecho Internacional, y en Derecho matrimonial sigue las normas convencionales de La Haya de 1902 y 1905, salvo en lo relativo a la capacidad para contraer matrimonio que, no obstante estar regida en principio por la ley nacional, se niega a los extranjeros, aunque su ley lo permita, cuando según la ley local concurre un impedimento absoluto por causa de matrimonio anterior, disparidad de cultos, órdenes sagradas superiores o voto solemne de castidad. Otras reservas y restricciones propias de la índole confesional del matrimonio entre polacos, se consignan a propósito de la forma de celebración, y en materia de divorcio y separación de cuerpos.

Ninguna norma prohibitiva de esta índole contiene, en cambio, el texto checoslovaco, no obstante su paralelismo general con la ley polaca y su común fuente imperial, por el sentido laico en que se inspiraba su legislación.

Más indirecta fué la influencia ejercida por el proyecto austriaco en la tarea codificadora rumana. A semejanza de Polonia, cinco legislaciones convivían también en la Rumania de 1918: el Código Napoleón, con ciertas variantes; el Código austriaco; el Derecho húngaro; el ruso; el musulmán.

Este fraccionamiento legislativo entre las diversas regiones rumanas, retrasó la unificación del Derecho privado, que no fué lograda hasta que en 1939 ha sido promulgado el nuevo Código civil, cuyo título preliminar y bajo el rótulo "Aplicación de la ley en el espacio", define las normas de Derecho internacional privado. Sus redactores superaron el anticuado sistema del Código rumano de 1865, trasunto del Código Napoleón, con alguna influencia del viejo Código austriaco de 1811 e inspirado en la teoría estatutaria. Aparte

el moderno proyecto austriaco, tuvieron indudablemente a la vista las recientes codificaciones positivas y publicaciones doctrinales, y acertaron a componer un cuadro de normas que constituye una de las más interesantes aportaciones a la labor codificadora de nuestro siglo en Derecho internacional privado.

El *nuevo Código civil italiano* de 1942 ofrece la novedad, útil para la consulta, de que los enunciados indicativos de las materias tratadas en su texto no figuran tan sólo a la cabeza de los títulos, capítulos y secciones, según fué costumbre clásica, sino que aparecen también a continuación del número y delante del texto de cada artículo, con diferente tipo de letra para que el rótulo resalte más.

Pasó este Código por larga elaboración, concretada en tres sucesivos proyectos, y los artículos (16 al 31) del título preliminar referentes al Derecho internacional privado, experimentaron considerables retoques que pueden apreciarse si se comparan el proyecto de 1930 y el texto promulgado en 1942.

Signo expresivo del distinto clima histórico en que el nuevo Código ha nacido, con relación al de 1865, es la fórmula empleada en uno y otro para designar la ley reguladora del estado y capacidad de las personas y de las relaciones de familia. El antiguo Código (art. 6) decía: "la ley *de la nación* a que aquellas pertenezcan". El de 1942, dice: "la ley *del Estado* a que aquellas pertenezcan". El concepto es el mismo, pero la sustitución "obvia", según la ponencia del senador Venzi, de la palabra nación por la palabra Estado quiere decir que el momento ideológico y político no era ahora el mismo que en 1865, cuando la teoría de Mancini dominaba y la todavía no ultimada unidad italiana ponía en primer plano el principio de las nacionalidades.

Por lo demás, despojada del sentido histórico que entonces tuviera la frase "ley nacional", entendida ya como ley del Estado a que la persona pertenece, aparece luego usada en otros artículos del nuevo Código italiano, y es vocablo usual en la técnica positiva y doctrinal de nuestro tiempo.

Más adelante tendremos ocasión de exponer las soluciones concretamente aportadas por el reciente Código civil italiano. Es curioso observar en un momento doctrinal dominado por la tendencia nacionalista en Derecho internacional privado, cómo los redactores del Código civil en Italia han mantenido la fórmula tradicional de remisión a la ley competente y no han usado la de incorporación, propugnada por aquellos autores.

El cuadro sintético que acabamos de trazar, pone de manifiesto los rasgos más salientes de las codificaciones nacionales en Derecho internacional privado: 1) aunque impregnadas, como todo Derecho positivo, por las circunstancias históricas de cada época, han sido, en lo fundamental, un traslado concreto a la ley de las normas abstractas dominantes en la doctrina, a través de las tres etapas codificadoras, estatutaria, clásica y moderna, cronológicamente adscritas a la primera y segunda mitad del siglo XIX y a lo que va del actual; 2) la decisiva influencia de la doctrina se debe a que las codificaciones de Derecho internacional privado no penetran como las del Derecho sustantivo en la entraña de las instituciones civiles, ni disponían para su construcción de materiales legislativos, porque el Derecho internacional privado anterior a la obra codificadora era esencialmente doctrinal y, en más reducida parte, consuetudinario, pero no traducido hasta entonces en textos legales; 3)

la fundamental unificación llevada a las codificaciones internas, por los principios comunes de la doctrina en cada período histórico ha conjurado el peligro de disgregación, y ha mantenido el sello internacional en el contenido de sus normas, cuya evidente diferenciación de las puramente internas, civiles, mercantiles o procesales, aparece así confirmada, justamente al insertarlas en los Códigos nacionales.

Caso aparte es el de la *legislación soviética* en materia de Derecho internacional privado, reflejo de los principios jurídicos y políticos imperantes en la URSS.

La base internacional en que nuestra disciplina se apoya, la comunidad jurídica entre los Estados, es terminantemente negada por los soviets. "Desde la fundación de las Repúblicas soviéticas—dice la ley orgánica de la URSS de 1924—los Estados civilizados están divididos en dos campos: el campo del capitalismo y el campo del socialismo".

Es cierto que la N E P (*Nueva Política Económica*) aparentó rectificar aquella absoluta contraposición de dos mundos, y abrir camino a una nueva vida de relación en la que fueran precisas ciertas normas de Derecho internacional privado, especialmente en materia de Derecho mercantil. Mas esa táctica oportunista, de la que tantos ejemplos tienen dados los soviets, no obedecía sino a razones de orden económico, como otras veces responden a conveniencias circunstanciales de tipo militar o político.

"Derecho internacional del período transitorio", titulaba el jurista Korovine su obra publicada en Moscú el 1924. No cabe una expresión más significativa para calificar la naturaleza

precaria y pasajera que la doctrina soviética atribuye al Derecho internacional.

La incompatibilidad del Derecho soviético con el de los demás Estados, excluye casi totalmente la aplicación de la ley extranjera; el principio, esencialmente colectivo en que se basa el Código civil de la URSS de 1923, niega, casi totalmente también, el reconocimiento de derechos privados a los individuos. Sobre tales premisas, difícilmente puede fundarse ningún sistema de Derecho internacional privado.

La capacidad, los bienes, las sucesiones, se rigen estrictamente por la ley territorial, salvo las reglas que pueden ser establecidas en convenios internacionales.

El Derecho de familia (no obstante haber sido promulgado en 1927 un Código especial para regirlo) es nominal, y se halla en abierta oposición con el de todas las demás naciones. Junto al matrimonio civil meramente registrado, se admite el matrimonio de hecho, no sujeto a ninguna formalidad; la mujer puede tener un domicilio aparte del marido; el vínculo puede ser disuelto, incluso por voluntad de uno solo de los cónyuges; los hijos habidos fuera del matrimonio son equiparados a los nacidos de padres que se reputan casados.

Con razón dice Stoupnitski, a propósito de esta igualdad de trato entre la filiación legítima y la ilegítima, que "la legislación soviética rompe de la manera más radical con los principios admitidos por las legislaciones modernas" al partir del "principio de disolución de la familia y del matrimonio". Todo ello hace inaplicables las usuales normas de Derecho internacional privado porque faltan las instituciones mismas que las sirven de motivo y de soporte.

Algunas disposiciones sueltas, tales como la ordenanza del Comité central ejecutivo panruso de 1922, acerca de los derechos de ciudadanos extranjeros, muy precarios si no existe un convenio que los regule; el Código de procedimiento civil de la URSS de 1923; el Código de navegación marítima de 1929; la ley sobre cheques, del mismo año; la ordenanza sobre nacionalidad de 1931, contienen escasos preceptos de Derecho internacional privado.

A la vista de estas y algunas otras mínimas muestras, se confirma la singularidad del derecho soviético en materia de colisión de leyes; la posibilidad del contacto con otros ordenamientos jurídicos, queda descartada *a priori* en una legislación como la de la URSS, cerradamente territorial y asentada sobre bases ideológicas, sociales y económicas absolutamente dispares de las que rigen en el resto del mundo, por muy diversas que estas otras sean entre sí.

Cuatro artículos consagra únicamente nuestro *Código civil* a las normas de Derecho internacional privado: el 8, el 9, el 10 y el 11, del título preliminar, aparte algunas disposiciones sueltas y de más secundario interés, relativas al Derecho familiar y sucesorio, y las reglas referentes a nacionalidad.

Adviértese con un sencillo cortejo, que el legislador español de 1889 tuvo a la vista el Código Napoleón (art. 3) en materia de estado y capacidad personal, y el Código italiano de 1865 (arts. 7, 8, 9, 11 y 12) en las restantes normas.

El espíritu que anima al sistema de Derecho internacional privado español, se halla expresado en la Ley de Bases de 1888: "Los efectos de las leyes y de los estatutos, así como la nacionalidad, la naturalización y el reconocimiento y condicio-

nes de existencia de las personas jurídicas, se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes, con las modificaciones precisas para descartar formalidades y prohibiciones ya desusadas, aclarando estos conceptos jurídicos universalmente admitidos en sus capitales fundamentos y fijando los necesarios, así para dar algunas bases seguras a las relaciones internacionales civiles, como para facilitar el enlace y aplicación del nuevo Código y de las legislaciones forales, en cuanto a las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia o vecindad en provincias de derecho diverso, inspirándose hasta donde sea conveniente en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos". (Base 2.ª).

El lenguaje estatutario, la universalidad de los principios, la personalidad del Derecho, son los tres conceptos salientes de la base que comentamos. Su entronque doctrinal radica en la técnica estatutaria y en las teorías clásicas de Savigny y de Mancini, que dominaban entonces en la Europa continental e inspiraron los Códigos de aquella época. La capacidad de las personas, el Derecho familiar y el sucesorio (art. 9 y segundo párrafo del 10) son regidos por la ley nacional; los bienes muebles, por la ley nacional del propietario y los inmuebles por la ley del lugar donde están sitos (art. 10, párrafo primero); la forma de los actos, por la regla *locus regit actum,* salvo la observancia de la ley española en los celebrados ante agente diplomático o consular de España en el extranjero (art. 11, primero y segundo párrafo); las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública (art. 8) así como las concernientes al orden público y las buenas costumbres (art. 11, tercer párrafo) obligan a todos en territorio español.

Desarrollaremos oportunamente estos temas, cuyo estudio puede ser ampliado en el *Derecho internacional privado. Sistema del Derecho español positivo,* del catedrático de Barcelona Trías de Bés, y en el *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional,* del catedrático de Zaragoza Lasala Llanas.

Las escasas y, en parte, anticuadas normas de nuestro Código, reclaman una total y urgente revisión para ponerlas a tono con los adelantos de la doctrina, las enseñanzas de la experiencia y los ejemplos de las más recientes codificaciones europeas.

El *Dahir* jalifiano de 1914, con las normas de Derecho internacional privado para la Zona de Protectorado español en Marruecos, se inspiró no poco en el Código alemán en 1900, y está—como en su lugar veremos—más al día que los insuficientes y envejecidos preceptos de nuestro Código civil.

LA NORMA DE
DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Lección 12

I.—*Naturaleza de la norma de Derecho internacional privado.*—Su índole formal. Normas completas e incompletas. La norma de Derecho internacional privado según la doctrina internacionalista y la nacionalista. Crítica. La norma de Derecho internacional privado y los ordenamientos jurídicos. Dualidad de fuentes y de funciones. Delimitación de competencias legislativas y aplicación interna de la norma. Naturaleza específica de la norma de Derecho internacional privado, y lugar que a nuestra disciplina corresponde en el cuadro general del Derecho.

Dada ya en lecciones anteriores una primera visión doctrinal y positiva de esta disciplina jurídica, conviene ahora estudiar concretamente la norma de Derecho internacional privado, su naturaleza, su contenido, su ámbito de vigencia en el espacio y en el tiempo, como premisa indispensable para el más exacto entendimiento de las materias que hemos luego de estudiar.

Importa ante todo dejar bien establecido que la norma de Derecho internacional privado es de naturaleza puramente formal. Quiérese con ello decir que no regula directamente la relación jurídica compleja, alguno de cuyos elementos constitutivos o alguna de cuyas fases de desarrollo y de vida, exceden de la órbita legislativa interna y reclaman la aplicación de una ley extranjera.

La norma de Derecho internacional privado señala, para cada categoría de hechos o relaciones de esta índole, la ley o leyes que deben regirla y remite a sus disposiciones de Derecho ma-

terial o sustantivo la regulación directa del caso. Dijimos al empezar nuestro estudio y repetimos ahora, que ningún problema de Derecho internacional privado surge cuando los elementos todos de la relación jurídica -sujeto, objeto, relación-, y sus fases de vida -nacimiento, desarrollo, extinción- dependen exclusivamente de la ley del juez y son regidos por sus disposiciones materiales de orden civil, mercantil, fiscal, penal o procesal. El problema aparece cuando alguno o varios o todos esos elementos y fases deben ser regulados por una ley extranjera, conforme a la norma de Derecho internacional privado, a la que, indistintamente, llamaremos también norma de colisión.

Todo caso complejo, de elementos dispersos bajo esferas legislativas varias, requiere una primera consulta a la norma de Derecho internacional privado para averiguar la ley competente, y una segunda consulta a esta última ley para buscar la norma material que directamente ha de aplicarse al hecho o relación de que se trate. Si la dispersión de elementos o de fases es múltiple, la norma de colisión habrá de indicarnos la ley que ha de regir cada uno de los aspectos; y así podrá darse el caso de que varias leyes coexistan en la regulación de una misma relación jurídica, por ser distinta la nacionalidad de los contratantes y celebrarse el contrato en un tercer Estado y versar sobre bienes sitos en naciones diversas. La norma de Derecho internacional privado podría entonces remitir a la ley nacional de cada uno de los contratantes, en cuanto a su capacidad para obligarse, a la ley del lugar de celebración del contrato por lo que atañe a la forma que ha de revestir, a la ley del lugar de ejecución para las modalidades de entrega y de pago, a la de situación de las cosas en cuanto al régimen de bienes y a los efectos con relación a terceros.

La sustancia del problema y el mecanismo para resolverlo son siempre los mismos, aun cuando sus modalidades varíen: el problema consiste en la complejidad extranacional de la relación jurídica; el mecanismo se reduce a una remisión que la norma de Derecho internacional privado propia hace en cada caso a la ley o a las leyes de Derecho sustantivo competentes para regularlo.

La norma de Derecho internacional privado es completa cuando cumple por entero su misión específica de remitir a la ley competente para cada categoría de relaciones. Tal ocurre con las disposiciones de nuestro Código civil en materia de bienes (art. 10, párrafo 1.º), sucesiones (art. 10, párrafo 2.º) y forma de los actos (art. 11), que de manera extensiva por igual a nacionales y extranjeros, declaran sujetos los bienes muebles a la ley de la nación del propietario, los inmuebles a la ley del país en que están sitos, las sucesiones legítimas y testamentarias a la ley nacional del causante, y la forma de los actos a las leyes del país donde se otorguen.

Normas incompletas, por el contrario, son aquellas que se limitan a trazar el ámbito de vigencia de la *lex fori* o ley del juez, sin pasar más adelante ni señalar la ley extranjera que deba ser aplicada en los demás casos. Ejemplo de norma incompleta es el art. 9.º de nuestro Código civil, según la cual, "las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero". Queda así señalada la ley que ha de regir la capacidad de los españoles fuera de su Patria, pero no se indica la ley competente para regular la capacidad de los extranjeros en España.

La norma incompleta deja sin solución todos aquellos casos que requieren la aplicación de una ley extranjera, y queda a mitad de camino en la solución de los problemas de Derecho internacional privado.

Razones doctrinales determinaron, no obstante, la teoría de Niedner y otros juristas alemanes, estudiada ya al hablar de las escuelas nacionalistas, según la cual, la misión de cada legislador se reduce a fijar límites al imperio de sus propias leyes, sin remitir a ninguna otra la regulación de los demás casos; criterio seguido en parte al redactarse la ley de introducción al Código civil alemán de 1900.

Walker, Gutzwiller, Wolff y la mayoría de los autores contemporáneos alemanes, segun ya dijimos, se pronuncian contra este sistema. Raape afirma la necesidad de que la norma de Derecho internacional privado, aparte delimitar la esfera del propio Derecho, declare el Derecho extranjero aplicable en los restantes casos, para evitar una denegación de justicia.

La realidad es que, por regla general, los Códigos no se reducen a la misión de delimitar su propia competencia, sino que, más allá de ella y para las relaciones jurídicas complejas, señalan también la ley extranjera aplicable. Podrán excepcionalmente contener normas incompletas; mas la jurisprudencia se encarga entonces, por imperativa necesidad jurídica y práctica, de llenar ese vacío, como hizo la nuestra con el mentado artículo 9 aplicando, por analogía, a los extranjeros su ley nacional, en materia de estado y capacidad de las personas.

No se logra, pues, con amputar a la norma de Derecho internacional privado su función de remitir a una ley extranjera eludir los casos no sometidos a la ley del juez, ni eliminar un problema que siempre sigue vivo y al que forzosamente se ha

de dar solución. No se consigue tampoco evitar con la teoría que comentamos el posible conflicto entre la ley del juez y los demás ordenamientos legislativos, pues no siempre coinciden los límites que cada legislador fija a su ley con los señalados por los demás a las suyas. Así cabe que ocurra, en relación al caso contemplado por el repetido artículo 9.° de nuestro Código, si la ley del lugar donde el español resida en el extranjero somete la regulación de los derechos de familia y la capacidad personal a la ley del domicilio.

La norma incompleta no es una panacea; antes al contrario, es una deficiencia. El objeto del Derecho internacional privado no queda con ella agotado. Precisa dar completa solución al problema que nuestra rama jurídica tiene por misión resolver. Y a esta finalidad responden, aunque por distintos caminos, con un criterio internacional o con un criterio interno, las dos principales tendencias doctrinales que se disputan la exacta interpretación del Derecho internacional privado y la definición de sus normas.

La doctrina internacionalista considera al Derecho internacional privado como una parte del Derecho internacional y asigna a sus normas por objeto la delimitación de competencias legislativas entre los diversos Estados, con arreglo a normas de orden superior, procedentes en último término de fuente internacional.

Todo derecho subjetivo, dice Zitelmann, implica un poder jurídico conferido por una potestad soberana. En el orden interno, el derecho subjetivo corresponde a la persona, y el poder jurídico le es atribuído por el Estado. En el orden internacional, el derecho subjetivo corresponde al Estado, y el poder ju-

rídico deriva, no del Estado mismo, sino del orden jurídico internacional. En otras palabras: la medida de la potestad legislativa de cada Estado, no puede ser fijada por su voluntad exclusiva; depende también del reconocimiento de los demás Estados que integran la comunidad internacional.

La consecuencia que de este principio se sigue es que la potestad legislativa en el orden internacional privado, solamente podrá el Estado ejercitarla como titular de derechos subjetivos, cuando le corresponda un poder jurídico reconocido conforme a los principios del Derecho internacional, que delimitan la soberanía de los diversos Estados y la órbita en que pueden actuar sus respectivas legislaciones.

El Derecho internacional privado así concebido, que brota de fuentes internacionales, y tiene por sujetos de derecho a los Estados, es para la doctrina internacionalista el propiamente internacional, en oposición al Derecho internacional privado interior de cada Estado, cuya fuente es la ley interna y cuyos sujetos de derecho son los individuos.

La doctrina nacionalista rechaza la concepción internacionalista que acaba de exponerse, y atribuye al Derecho internacional privado una función puramente interna. La norma de Derecho internacional privado—dice uno de los más recientes definidores de esta doctrina, Roberto Ago—no tiene por objeto la resolución de competencias legislativas, porque para ello se carece de un ordenamiento jurídico superior a los Estados. Quedan sólo las normas de Derecho internacional privado dictadas por el legislador de cada nación, semejantes a todas las otras disposiciones emanadas de la misma fuente legal, así en la forma como en la sustancia.

Excluída la naturaleza internacional de esta disciplina jurídica, los autores nacionalistas la incluyen en el Derecho interno, como simple rama de la legislación del Estado, equiparable al Derecho civil, mercantil o procesal. Una sola peculiaridad asignan a las normas de Derecho internacional privado: el referirse a hechos o relaciones de la vida humana y real que se encuentran de algún modo ligados con otros ordenamientos legislativos, no por una vinculación de derecho, sino por una simple relación de hecho, que tan sólo adquiere valor jurídico cuando es contemplada por la ley del juez.

Podría perfectamente esta ley—añaden los autores nacionalistas—aplicar sus propias normas de Derecho material, las mismas que rigen las relaciones de orden puramente interno, o dictar unas especiales a la manera del *jus gentium* romano; pero el legislador interno prefiere generalmente acudir a otro ordenamiento, cuyas normas se apropia en virtud de una incorporación material o formal, según quedó ya oportunamente explicado.

La inserción del Derecho internacional privado en el Derecho interno es llevada a sus consecuencias extremas por aquellos civilistas que, a la manera de Pacchioni, niegan a esta rama jurídica una propia sustantividad específica, ni aun siquiera dentro del marco nacional, y la incluyen como simple parte del Derecho civil interno.

Quedan así fuera de esa clasificación las normas de Derecho internacional privado en materia mercantil, fiscal, penal y procesal, que habría necesidad de llevar a las correspondientes ramas del Derecho interno, lo que equivale a la disolución del Derecho internacional privado, cuya unidad sustancial requiere, sin embargo, una extensa Parte general, que el propio Pac-

chioni desarrolla en su Derecho civil italiano, cuando en realidad es materia común también a todas aquellas otras especialidades que abarca nuestra disciplina, ajenas a la doctrina y a la técnica civilistas.

Contemplada la norma de Derecho internacional privado desde el campo internacionalista o desde el nacionalista, un fenómeno de ángulo visual deja ver a plena luz lo que para cada una de esas doctrinas es el anverso, y queda escondido en las sombras el reverso.

Una y otra escuela, tan dispares en posición ideológica, convienen sin embargo en separar el ordenamiento internacional y el ordenamiento interno por una frontera infranqueable, que exige la inserción total de las normas de Derecho internacional privado en uno de ellos, con exclusión del otro. Al decidirse a optar es cuando la divergencia surge, porque nuestras normas son entonces situadas en el campo internacional o en el interno, el que cada escuela tiene ante sus ojos, y la frontera trazada le impide ver más allá.

La existencia de normas internacionales y de normas internas, señaladas ya al estudiar las fuentes y confirmada al exponer las teorías y las codificaciones, se alza contra esa opción forzosa y exclusiva. Para hacer frente a la objeción, la doctrina internacionalista tiende a excluir del Derecho internacional privado propiamente dicho las normas internas, y la doctrina nacionalista niega la condición de normas de Derecho internacional privado a las emanadas de fuente internacional.

Tanto una como otra amputación convierte en parcial e incompleta la visión de esta rama jurídica, reducida así a uno

solo de sus aspectos. La gravedad de tales consecuencias no deja de influir en los autores, y les impulsa—según ya dije—a concesiones que atenúan el rigor de sus respectivas posiciones iniciales. Las distancias vienen, en definitiva, a quedar así acortadas.

En el campo internacionalista, su más calificado definidor contemporáneo, Zitelmann, junto al Derecho internacional privado *internacional*, admite el Derecho internacional privado *interno*. Y en el sector nacionalista, junto al Derecho internacional privado exclusivamente interno, autores de tendencia extrema, como Niemeyer, aceptan que el legislador nacional no disfruta de soberanía absoluta y tiene el límite de las normas adoptadas en convenios internacionales; limitación extendida por autores nacionalistas moderados, entre los que figuran Liszt, Kahn, Gutzwiller y Wolff, a otros principios y vínculos internacionales tales como la regla *lex rei sitae*, la *locus regit actum* y el reconocimiento de derechos adquiridos.

La contraposición, a primera vista inconciliable, entre las dos grandes tendencias doctrinales, templa todavía más la rigidez y lima las aristas cuando, de la zona abstracta de los principios, se desciende a dar fisonomía concreta a las normas, a precisar su contenido y decidir la regla aplicable a cada categoría de relaciones jurídicas; especialmente, si limitamos nuestra observación a la doctrina continental europea.

Los principios comunes y generalmente admitidos por las dos doctrinas rivales, y también por la universalista, son mucho más numerosos de lo que pudiera hacer creer la pugna inicial que las separa. Incluso en el controvertido punto de concretar qué ha de entenderse por ley personal, si la nacional o la del domicilio, la doctrina continental europea, salvo alguna

disidencia aislada, está acorde en pronunciarse a favor de la ley nacional. La concordancia doctrinal de nuestro tiempo es más acusada todavía, al borrar la distinción estatutaria entre bienes muebles e inmuebles, al regir por una sola ley la sucesión, al organizar la tutela, al regular la autonomía de la voluntad y la forma de los actos jurídicos, al establecer normas procesales.

El asiduo y universal intercambio de ideas y de principios entre los juristas cultivadores de nuestra disciplina, facilita la formación de una conciencia jurídica común. Un autor nacionalista y refractario al método sintético y deductivo, Arminjon, escribe: "Los profesores y los magistrados que, en cada nación han elaborado esta disciplina, razonaron sobre los mismos temas que los autores y prácticos extranjeros, y consultaron sus obras. Además, el espíritu humano es el mismo en todas partes, y los juristas, cualquiera que sea su nacionalidad y su formación, dan muy a menudo las mismas soluciones a idénticas dificultades".

La naturaleza jurídica de la norma de Derecho internacional privado no permite su entera inclusión en el ordenamiento jurídico internacional o en el ordenamiento jurídico interno: 1) porque se alimenta de las fuentes de uno y de otro ordenamiento; 2) porque los sujetos a que normalmente van destinadas y frente a quienes poseen obligatoriedad son distintos: el Estado para las normas procedentes de fuente internacional, la persona privada para las emanadas de fuente interna; 3) porque las normas de fuente internacional sirven para delimitar, con superior e indistinto criterio, las competencias legislativas entre los Estados, y las normas de fuente interna tienen por fun-

ción propia asegurar en el interior de cada uno de ellos la justa solución de los casos de Derecho internacional privado.

Por encima de esta diversidad de fuentes, de sujetos y de funciones, la unidad sustancial del Derecho internacional privado se manifiesta en el texto de sus propias normas. Basta leer cualquier convenio de Derecho internacional privado y confrontarlo con una ley nacional, para comprobar que, no obstante la diversidad de origen, de destinatarios y de función, el tratado y la ley formulan en términos análogos sus reglas. Siempre se parte del supuesto de una relación compleja, que excede de la órbita puramente nacional, y se declara la competencia de una determinada ley para regirla. En ello consiste, esencialmente, la naturaleza específica de la norma de Derecho internacional privado, y tales cualidades son, como acabamos de ver, comunes al texto del convenio y al de la ley.

La dualidad de fuentes es consecuencia ineludible de la dualidad de funciones que, específicamente, corresponden a la norma de Derecho internacional privado: 1) delimitar la competencia legislativa entre los Estados, para evitar interferencias y asegurar en todos ellos la aplicación de idénticas normas frente a los mismos casos de orden privado internacional; 2) aplicar la norma internacionalmente competente en el interior de cada Estado.

Ambas funciones están, según acabamos de ver, íntimamente ligadas. La primera, corresponde normalmente a las fuentes internacionales, porque la delimitación unilateral puede invadir la esfera legislativa que otro Estado considere ser de su competencia; tan sólo en defecto de norma internacional aplicable corresponderá al legislador interno esta misión, aunque siempre con limitaciones derivadas de un orden superior,

definido por nuestros clásicos y que arranca, como sabemos, de estos dos principios: comunidad jurídica internacional; idea de justicia.

La posición del legislador nacional al suplir en este punto la insuficiencia de las fuentes internacionales, es diversa a la que le corresponde en el orden puramente interno. Erígese, en cierto modo, en legislador universal, y ha de colocarse en un plano superior a aquel en que se mueve al dictar reglas específicas para su pueblo. Ha de pensar en no invadir otras esferas legislativas, en aplicar a cada relación jurídica la norma adecuada, aun cuando sea extranjera, en asegurar hasta donde sea posible la validez extraterritorial de sus reglas, especialmente de las relativas a Derecho personal, familiar y sucesorio, en evitar a sus súbditos la retorsión, en marchar a compás de los adelantos de la época en una ciencia como la nuestra, eminentemente universal y cosmopolita. De aquí la acción unificadora de la doctrina, que acabamos de comprobar en las codificaciones de los convenios y en las de la ley.

El legislador interno, al ejercer esta función supletoria dentro de los confines de su Estado, no dicta las normas de colisión aislado de cuanto le circunda y atento tan sólo a las necesidades de la vida social y jurídica de sus súbditos. Consulta como elemento de juicio los demás textos legislativos y orienta su pensamiento en los principios universalmente admitidos, que la doctrina, incluso a través de contradicciones, elabora, y la pluma de sus más autorizados definidores sintetiza en cada momento histórico. La huella de Savigny en las codificaciones del período clásico, y la de Zitelmann en las contemporáneas son testimonio inequívoco de este influjo.

Las normas de Derecho internacional privado insertas en

las codificaciones nacionales de cada época, no son, contra lo que pudiera pensarse, compartimentos estancos; son más bien vasos comunicantes fabricados a la medida de análogas necesidades, que tienden a la nivelación y se alimentan de un mismo caudal, captado por la doctrina en la fuente ideal de la justicia, con altura y vertientes de amplitud universal, que a cada legislación llega con las partículas y los sedimentos propios del terreno que atraviesa, pero con un inconfundible fondo sustancial común.

Resuelta ya la delimitación de competencias legislativas respecto a las distintas categorías de relaciones jurídicas, oficio de naturaleza internacional aun cuando el órgano que lo realice pueda ser, supletoriamente, interno, éntrase en la segunda función asignada a la norma que analizamos; su aplicación en el interior de cada Estado.

Esta facultad compete al Estado por propia potestad, y no ya por función supletoria. La promulgación del legislador será, necesaria cuando la norma provenga de un tratado, y podrá revestir, como luego detallaremos, formas diversas. Bastará con el asentimiento tácito, cuando la norma sea consuetudinaria o, en defecto de todas las otras fuentes, doctrinal, correspondiendo entonces al juez, no tan sólo su misión ordinaria de interpretar y aplicar la norma, sino también, excepcionalmente, la facultad de precisarla y de dar forma corpórea y contornos definidos, para el caso que ha de resolver, a la regla engendrada por la costumbre o ideada por la doctrina.

La función delimitativa de competencias legislativas irá ligada a la promulgación interna, en el supuesto de que aquélla sea realizada supletoriamente por el legislador nacional. Se

fundirán entonces en uno solo los dos sucesivos momentos del proceso normativo que acaba de ser descrito.

Declarada en el ámbito interno la vigencia de la norma de Derecho internacional privado y fijado su contenido específico, procederá buscar en el ordenamiento interno a que aquella norma remita, el Derecho material aplicable. Aquel ordenamiento señalará la regla concreta y sustantiva que debe regir directamente el caso.

La ley polaca de 1926 contiene a este respecto una expresa disposición: "Cuando la presente ley reconozca, como competente, el Derecho de un Estado, en el cual coexistan varios códigos civiles, el Derecho interno del mismo Estado decide cuál de los códigos, en un caso determinado, deberá aplicarse" (art. 37.)

La jurisprudencia y la doctrina serán, en todo caso, guía indispensable para interpretar las normas de Derecho internacional privado y para suplir sus lagunas, así en lo internacional como en lo interno.

Lejos de estorbarse, las dos funciones que hemos señalado, se completan y cierran el ciclo del orden jurídico en Derecho internacional privado. Este orden jurídico reclama que las normas nacidas de fuente internacional sean promulgadas por el legislador interno, para que puedan obligar a los particulares y a los tribunales de justicia; y veda, de otra parte, al propio legislador ir contra las normas de fuente internacional que vinculan y limitan su potestad legislativa, cuando dicta normas internas de Derecho internacional privado.

La carencia de una cualquiera de estas dos funciones en la regulación de las relaciones jurídicas que poseen algún elemento integrante o algún momento procesal extranjero, produce

una inmediata perturbación en el orden jurídico que la norma de Derecho internacional privado tiene por misión propia asegurar.

Sin el mandato o el asentimiento (según se refiera a convenio o a costumbre), del legislador en su Estado, la norma de origen internacional no llegará a tener allí efectividad interior. Sin la delimitación de competencias legislativas por fuentes internacionales, o, en defecto de ellas, por el propio legislador nacional pero sin violar principios de orden superior, la norma interna contraria a aquellas fuentes o a estos principios se aplicará de hecho porque el Estado dispone de los instrumentos de coacción, pero el orden jurídico no será entonces respetado.

La exclusión total de las normas contenidas en un tratado mientras no se hayan convertido en artículos de una ley interna, está contradicha por la práctica que a veces usan los Estados de publicar—según vimos al hablar de las fuentes—el tratado mismo, sin verter sus normas en el articulado de una ley, lo que obliga al juez a interpretar sus disposiciones conforme al espíritu del acuerdo y no exclusivamente según la voluntad de su propio legislador.

Todavía más: la remisión a las normas convencionales puede ser no ya específica, con relación a un tratado concreto, sino genérica y extensiva a todos los convenios que el Estado ratificó, e incluso cabe imaginar que alcance no tan sólo a los tratados existentes al promulgarse la norma que contenga la remisión, sino a todos los demás que, en lo venidero, puedan eventualmente concertarse con otros Estados.

Ejemplo de este último tipo de norma es el ya citado artículo 951 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil: "Las sentencias

firmes pronunciadas en países extranjeros—dice—tendrán en España la fuerza que establezcan los tratados respectivos". La invocación genérica y anticipada de lo *que establezcan los tratados* excluye el cauce forzoso de una ley posterior y concreta.

Queda siempre en pie, lo hemos consignado ya, la necesidad de que el legislador ordene en su territorio la aplicación del tratado; mas ello no borra el origen internacional de las normas que contiene ni volatiliza en el crisol de la ley interna, expresión de la voluntad de un Estado, la esencia jurídica de la norma convencional, expresión de la voluntad concorde de una pluralidad de Estados, que así delimitaron su respectiva competencia y dieron reglas de solución a los conflictos de leyes.

De todo cuanto queda dicho se deduce que la norma de Derecho internacional privado no es ni exclusivamente internacional ni exclusivamente interna. Reducida a uno solo de estos aspectos, da una idea parcial y fragmentaria, por no contener los dos oficios o funciones que la caracterizan, y cuya coexistencia es indispensable para la cabal realización de su objeto.

La realidad es que la norma de Derecho internacional privado se nutre de principios y de reglas que derivan de los dos órdenes jurídicos, y esta doble naturaleza de la norma acompaña también a la disciplina jurídica encargada de su sistemática construcción. El Derecho internacional privado no puede ser clasificado en el ordenamiento internacional ni en el ordenamiento interno, sencillamente porque es una rama jurídica *sui generis,* que participa de los caracteres de ambos; situación análoga a la que en otros sectores del Derecho ofrecen aquellas categorías de normas que, como las relativas al contrato de trabajo y prestación de servicios, perte-

necieron un tiempo por entero al Derecho privado, y ahora dependen en buena parte del Derecho público.

Las clasificaciones técnico-jurídicas deben responder a la verdadera índole de las normas que en cada categoría agrupan, no las normas quedar sujetas al prejuicio de una cerrada clasificación apriorística que no abarca totalmente su contenido.

El Derecho internacional privado así entendido, tiene una personalidad propia e independiente en el cuadro general del Derecho. Sin quedar absorbido ni por el Derecho internacional ni por el Derecho interno, participa de sus respectivas fuentes, recibe de uno y otro sus normas, se beneficia a la vez de los órganos diplomáticos que conciertan los tratados, de los órganos legislativos que dictan la ley interna, de los órganos judiciales que aplican la norma competente, e incluso de las reglas universales nacidas de la costumbre o elaboradas por la doctrina común.

La conjunción armónica de todos estos factores, da a la norma de Derecho internacional privado su verdadera naturaleza específica, concilia el orden jurídico superior de la comunidad internacional y el orden jurídico interno del Estado, evita los conflictos legislativos entre las soberanías, y asegura a los particulares la realización de la justicia en sus relaciones extranacionales.

Lección 13

II.—*Los principios de personalidad y territorialidad como elementos de la norma de Derecho internacional privado.*—Su trayectoria histórica en los hechos y en la doctrina. Principio personal. Polémica doctrinal acerca de la ley nacional y la del domicilio. Diversidad legislativa. Derecho español. Principio territorial. Sistema estatutario. Sistema clásico italiano. Sistema de Savigny. Código civil español. La personalidad o territorialidad de la norma referida a la relación jurídica que regula y a su ámbito de vigencia.

Examinada ya la naturaleza específica de la norma de Derecho internacional privado, procede ahora penetrar en su contenido y analizar los elementos que la integran. Los dos que en primer término se nos aparecen son el principio de personalidad y el de territorialidad, en torno a los cuales han girado históricamente, y se condensan también hoy, los más capitales problemas de esta disciplina jurídica.

El Derecho romano tuvo naturaleza personal; fué el Derecho de los ciudadanos romanos, frente al Derecho de gentes que el *pretor peregrinus* elaboró a medida que lo requirieron las necesidades creadas por la presencia de extranjeros en Roma.

La concesión de ciudadanía romana a los súbditos del Imperio significó el tránsito a una territorialidad de hecho, mas no produjo una territorialidad de derecho propia y genuina, pues su efecto consistió en ampliar el número de súbditos que habían de regirse por el Derecho romano, pero siempre a tí-

tulo personal, por poseer la ciudadanía romana, no por residir en territorio del Imperio.

La personalidad del derecho, mientras duró la autoridad política de Roma, era de índole interna y servía para dar al Derecho romano un carácter de patrimonio jurídico exclusivo de quienes disfrutasen aquella ciudadanía. El extranjero no podía alegar su ley personal; para él se creó, según acaba de recordarse, el Derecho de gentes, de fuente también romana, aunque de normas más amplias y genéricas que el Derecho quiritario.

Fué a la caída del Imperio romano de Occidente en 476, cuando el sistema de las leyes personales asoma con el carácter que hoy tiene en Derecho internacional privado; como ley nacional distinta de la ley del juez, que sigue a la persona y es independiente del territorio.

La teoría estatutaria es una reivindicación personalista frente al territorialismo feudal; y, viniendo a los tiempos modernos, la teoría de Mancini representa, por las causas históricas conocidas, la máxima exaltación de la ley nacional.

En contraposición a la trayectoria seguida por el sistema de personalidad de las leyes, las costumbres feudales arraigaron el principio territorial, recogido luego por la escuela holandesa, trasplantado a la anglosajona y heredado hoy por las teorías nacionalistas en Derecho internacional privado.

El territorialismo nacionalista contemporáneo diferénciase del territorialismo feudal en que este último no admitía la aplicación de la ley extranjera y aquél sí, aunque apelando a diversas ficciones.

La lucha histórica entre el principio personal y el territorial ha revestido modalidades diversas y alternas. De su pugna ha salido el Derecho internacional privado, y en su justo equilibrio reside la clave y el fundamento de nuestra disciplina jurídica.

El dominio absoluto del principio territorial significaría la negación del Derecho internacional privado. El dominio absoluto del principio personal implicaría la negación de la soberanía legislativa del Estado. Por eso, el péndulo que históricamente representa el alza alternativa en una u otra dirección sube en cada época, ya del lado personal, ya del territorial, hasta cierta altura que no sobrepasa, porque la atracción del lado opuesto viene a recordarle que no cabe alejarse en demasía del centro de gravedad.

No es admisible hoy el sistema de absoluta personalidad de las leyes, que tuvo su momento histórico en los primeros tiempos de la dominación bárbara medieval. Tampoco lo es la absoluta territorialidad feudal, en la que el hombre era un simple agregado de la tierra.

Los modernos excesos doctrinales en una u otra dirección han sido corregidos en los propios países donde se produjeron. El excesivo personalismo de la teoría de Mancini es contemporáneamente rectificado por los propios autores italianos, quienes rechazan la clasificación de leyes necesarias y voluntarias, entendida al modo que la definía Mancini al considerar ley necesaria la nacional y leyes voluntarias las referentes a los bienes y a las obligaciones. Ni toda ley nacional, aunque sí la mayor parte de ellas, es necesaria, porque siempre queda un cierto margen a la voluntad en las capitulaciones matrimoniales, en la organización tutelar, en las disposiciones tes-

tamentarias y en otras instituciones familiares o sucesorias; ni las leyes relativas a cosas y obligaciones son todas voluntarias, pues la mayoría de las referentes a derechos reales y buena parte de las que regulan las obligaciones y contratos son tan imperativas y necesarias como puedan serlo las del estatuto personal.

Inversamente, el territorialismo anglosajón, en el que abrió una primera brecha la *comitas gentium,* se encuentra hoy en gran parte templado por el principio de respeto a los derechos legítimamente adquiridos al amparo de extraña legislación, que la nueva doctrina anglosajona mantiene con Dicey en Inglaterra y la escuela de Harvard en los Estados Unidos.

La norma de Derecho internacional privado en todos los modernos sistemas participa del elemento personal y del territorial. Ambos principios coexisten y se reparten, no la totalidad como pretendía la escuela de D'Argentré, pero sí la mayor parte de materias reguladas por las normas de colisión. Se comprueba con la simple lectura de los artículos referentes a Derecho internacional privado en los actuales Códigos nacionales.

El elemento personal informa normalmente la regulación del estado y la capacidad de las personas, las relaciones de familia y las sucesorias; el territorial predomina en lo referente al régimen de las cosas objetivamente consideradas, la posesión, la propiedad, el usufructo, las servidumbres y, en general, los derechos reales.

El estudio detallado de esta materia tendrá su lugar propio en la parte especial. La enunciamos aquí solamente como anticipada visión sintética, indispensable para formar una

idea de conjunto de las líneas generales que, en nuestro tiempo, caracterizan al Derecho internacional privado.

Añadiremos como caso singular que en la Ciudad del Vaticano, por justificado motivo, encuentra hoy parcial aplicación el sistema de personalidad de las leyes, a la manera que se conoció en los tiempos medievales. entre súbditos de un mismo Estado, por ser la ley civil la competente para los seglares, y la canónica la que rige para los clérigos y religiosos que sean ciudadanos del Vaticanio, en materias de capacidad. (Ley vaticana sobre las Fuentes del Derecho de 7 de junio de 1929, artículo 11).

La polémica doctrinal y la diversidad legislativa no se detienen en el señalamiento de fronteras entre el campo reservado al principio personal y al atribuído al principio territorial, frontera variable según las épocas y los países. Manifiéstase, además, la discrepancia al precisar qué ha de entenderse por ley de la persona, si la nacional, o la del domicilio.

No se crea que el problema apareció con la doctrina de Mancini. Bajo otro nombre existió ya de antiguo entre la ley de origen y la del domicilio. Más aún; Savigny enseña que en el Derecho romano prevalecía el origen. Sabido es que también prevaleció entre los pueblos bárbaros en el período de la personalidad de las leyes. La propia teoría estatutaria en su más moderna fase evolucionó a favor del domicilio de origen, lo que prácticamente equivale a ley nacional. Finalmente, el Código de Napoleón adopta el sistema de la ley nacional al disponer (artículo 3) que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas obligan a los franceses, aunque residan en territorio extranjero.

Es, sin embargo, un hecho que, en el largo período que va del siglo XII hasta fines del XVIII, prevaleció la ley del domicilio. A ello contribuyó poderosamente el prestigio histórico de la escuela de Bolonia, para la que el domicilio era una solución impuesta por el fraccionamiento local de los estatutos.

El principio nacional se abre decididamente camino en las legislaciones positivas a partir del Código francés de 1804, al que siguen el austriaco de 1811 y la ley holandesa de 1829, y adquiere extraordinario impulso en la segunda mitad del siglo XIX con la teoría de Mancini y la publicación del Código civil italiano de 1865, el español de 1889, las leyes civiles de Hungría, la japonesa de 1898, y, ya en los umbrales de nuestro siglo, con el Código civil alemán de 1900. Más recientemente, el principio de la ley nacional prevalece en numerosas legislaciones europeas, en el Código civil brasileño de 1916, en los *dahires* marroquíes, en los convenios de Derecho internacional privado de La Haya y en los convenios de Ginebra sobre la letra de cambio y el cheque.

A favor de la ley del domicilio se aducen razones principalmente de orden práctico. La vida jurídica del extranjero domiciliado, y todavía más sus transacciones con quienes no tengan la misma nacionalidad, se facilitan al adoptar la ley del territorio donde habita, más conocida allí de todos y especialmente de los tribunales que han de aplicarla.

Si este argumento fuera decisivo, valdría para suprimir por entero el Derecho internacional privado, pues siempre se encontraría mayor facilidad acudiendo a la ley del juez. Sin contar con que la ley del domicilio puede ser diversa de ésta última, en cuyo caso desaparece la razón práctica que se alega

a su favor. Lo que importa es que el estatuto personal sea regido por la ley más conforme a la naturaleza de esta categoría de relaciones.

El problema jurisdiccional es secundario al lado del problema legislativo. Los tribunales deberán aplicar el Derecho competente según la norma de Derecho internacional privado. La gran mayoría de las veces ni siquiera tienen necesidad de intervenir los tribunales, en tanto no surja un punto litigioso; y, en cuanto a los particulares interesados, más conocida es generalmente de ellos la ley nacional que la del domicilio en materia de capacidad, familia y sucesiones, donde el sello específico de cada pueblo es más acusado y propio.

Agrégase en apoyo de la ley del domicilio, que la larga permanencia en un determinado territorio identifica con el medio social en donde la persona vive y crea intereses y afectos. No siempre se realiza esa hipótesis ni, caso de realizarse, es tarea fácil concretar el momento psicológico en que tal mutación se verifica. Más lógica es, en semejante supuesto, la solución consistente en un cambio voluntario de nacionalidad, que implica ya una expresa manifestación del interesado.

Dos criterios cabe adoptar en orden al domicilio: el domicilio actual o el domicilio de origen. El primero es variable y quita la indispensable estabilidad al estatuto de la persona y de la familia. El segundo es indeleble y tiene una rigidez que no permite un posible cambio en el transcurso de la vida.

No siempre coinciden el domicilio de hecho y el de derecho, ni todas las legislaciones están acordes al definirlo. La falta de criterio fijo y cierto en esta materia fué puesta de relieve en las deliberaciones del Instituto de Derecho Internacional al

discutirse en las reuniones de Cambridge de 1931 y Oslo de 1932 un proyecto favorable a la ley del domicilio.

La ley nacional da la primacía a la persona y responde a las tradiciones familiares y sociales, a la concepción moral y a las costumbres, a las condiciones de estirpe, a la idiosincrasia, a los intereses y necesidades del pueblo para que fué dictada. El sistema del domicilio, en cambio, da la primacía a la tierra. Surgido directamente del régimen feudal, que convertía al hombre en un accesorio de la gleba—dice Fedozzi—tiene el grave defecto de materializar al hombre y rebajarlo, haciéndolo depender, en cuanto se refiere a la ley reguladora de la persona, del lugar en que se ha establecido, esto es, de un elemento puramente material, mientras que la Patria es un concepto más amplio y más elevado, superior al de una localidad física llamada domicilio y encierra un principio de libertad, de esencia superior y de progreso indudable respecto a las antiguas concepciones.

Sin tener la irreparable petrificación del domicilio de origen, la ley nacional da la necesaria estabilidad a la ley reguladora del estatuto personal y evita que la capacidad y las relaciones familiares y sucesorias estén a merced de los sucesivos cambios de domicilio que la persona realice.

Se dirá que también en la nacionalidad pueden producirse cambios por voluntad del interesado. El cambio de naturaleza no es, sin embargo, comparable al de domicilio. Siempre tropezará con el obstáculo legal de los trámites necesarios para lograrlo. Salvo motivos excepcionales, como el de los rusos emigrados de la URSS, los casos de naturalización voluntaria son poco frecuentes, y no es corriente que una misma per-

sona lo haga más de una vez en su vida. No se concibe que un individuo postule sucesivamente cuatro o cinco nacionalidades diversas. Ni los propios Gobiernos aceptarían semejante veleidad. Cosa distinta y fácilmente concebible es que un individuo pase por sucesivos domicilios, si su vida o sus negocios así lo exigen.

En cuanto a los cambios forzosos por causa de anexión territorial o formación de nuevos Estados, lo mismo pueden afectar a la ley nacional que a la ley del domicilio.

Si de los principios doctrinales pasamos a los criterios positivos, prescindiendo de las naciones aferradas a la territorialidad absoluta de la ley o a las distinciones de razas, advertiremos que el mundo se divide en dos grupos de Estados aproximadamente iguales. El grupo partidario de la ley del domicilio comprende los Estados anglosajones (Inglaterra, Dominios, Estados Unidos), la mayoría de los Estados de Hispanoamérica y algunos Estados europeos (Dinamarca, Noruega); el grupo de legislaciones adoptantes de la ley nacional—algunas de ellas sujetas a los resultados de la actual contienda—se extiende a las de Francia, Bélgica, Holanda, Italia, España, Portugal, Japón, Alemania, Suecia, Turquía, Brasil, Marruecos, Túnez, Egipto, Polonia, Checoslovaquia, Rumania y, según Makarov, la URSS.

Suiza sigue un sistema mixto en su Código civil de 1912. La jurisprudencia anglosajona, aunque aplique la ley del domicilio a la capacidad en general, acude también a la *lex loci actus,* esto es, a la ley del lugar donde el acto se celebra, para regir la capacidad específica que la validez del acto exija, y a la *lex rei sitae,* para regular la capacidad en materia de bienes

inmuebles; criterios que acentúan el territorialismo del sistema anglosajón.

Junto a los motivos doctrinales, y aun por encima de ellos, entran en juego factores de orden práctico al optar unos y otros legisladores entre ley nacional y ley del domicilio, o al establecer normas complementarias, de algunas de las cuales queda hecha mención.

Aparte el secular arrastre territorialista, la ley del domicilio atrae la preferencia en los Estados de inmigración, como defensa frente a la atomización que produciría la aplicación de múltiples legislaciones nacionales y extranjeras. El fenómeno se ha dado principalmente en América, pero también ahora asoma en Estados europeos, como Francia, donde el número de extranjeros establecidos se elevaba en 1931 a casi cuatro millones, o sea el 10 por 100, próximamente, de la población total. También allí Niboyet y otros autores propugnan ya la ley del domicilio. Y, sin llegar a tanto, Fedozzi y algunos tratadistas italianos, aunque manteniendo el principio de la ley nacional, comienzan a apuntar si no sería más práctico reconocer en Italia validez a la aplicación de la ley del domicilio que en América se haga a los emigrados italianos, para facilitarles su vida civil mientras allí residan, y para no crearles conflictos de difícil solución cuando retornen a la Patria.

Procederá en todo caso aplicar la ley del domicilio a los individuos sin patria. Y ejercerá la propia ley una función complementaria en dos supuestos: 1.° Cuando exista diversidad legislativa interna (como ocurre en los Estados Unidos, y en medida menor con las legislaciones forales en España) y no baste con acudir a la ley nacional, sino que dentro de ella sea preciso localizar la que por razón de domicilio correspon-

de a la persona en el Estado a que pertenece. 2.° Cuando el individuo cuyo estatuto personal ha de ser regulado tiene doble o múltiple nacionalidad, extrañas todas ellas a la del juez, y el factor domicilio decide por cuál ha de optarse.

Aun cuando la parte positiva será más ampliamente desarrollada en el Derecho civil internacional, anticiparemos aquí dos normas de tipo personal definidas por nuestro Código: la del artículo 9 y la del artículo 10, segundo párrafo. "Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas—prescribe el artículo 9—obligan a los españoles, aunque residan en territorio extranjero."

Norma incompleta, según expusimos en la lección anterior, fué completada por la jurisprudencia, según la cual, "al extranjero le acompañan su estado y capacidad y deben aplicársele las leyes de su país, cuando éstas no se opongan a los principios de orden público y a los intereses de la nación en que reside" (sentencia de 1.° de mayo de 1919).

La frase "derechos y deberes de familia" es demasiado genérica y no regula con la precisión que fuera de desear las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, especialmente si el marido cambia de nacionalidad con posible menoscabo de los derechos adquiridos por la mujer al contraer matrimonio. Tampoco regula las relaciones paterno filiales.

El párrafo 2.° del artículo 10 se pronuncia acertadamente en pro del principio de unidad sucesoria, concretado en la "ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren".

El principio territorial comparte con el personal, según quedó dicho, la mayor parte de las disposiciones contenidas en las normas de Derecho internacional privado.

Penetrando en su examen, encontramos en primer término el viejo prejuicio estatutario de distinción entre bienes muebles e inmuebles, con sumisión de los primeros a la ley personal, y los segundos a la *lex rei sitae*. Sabido es que por ley personal se entendía generalmente entonces la ley del domicilio. La moderna adopción de la ley nacional no cambió en la mayor parte de las legislaciones europeas—entre ellas la española—el sistema estatutario. Se limitó a sustituir la ley del domicilio por la nacional en la regulación de los bienes muebles, pero mantuvo, por lo demás, aquella distinción entre las dos categorías de bienes, que ya no tiene razón de ser. Pudo tenerla en tiempo de los estatutarios, cuando los bienes muebles representaban escaso valor y de ellos se decía *mobilia vilis possessio,* pero no ahora, cuando la riqueza mobiliaria, especialmente en títulos y valores, alcanza un volumen tan considerable en la total riqueza de una nación.

Tanto las cosas muebles como las inmuebles deben ser regidas por la *lex rei sitae* en cuanto son objeto de un derecho real. Lo mismo unas que otras entran en la organización de la propiedad, y todas están sujetas al régimen jurídico-económico del Estado y a las medidas de publicidad que afecten a terceros o a la sociedad en general.

Tampoco caen bajo la competencia de la *lex rei sitae* las relaciones de carácter personal, aun cuando tengan por objeto cosas muebles o inmuebles. Tal ocurre con las capitulaciones matrimoniales o con las sucesiones. En aquéllas domina el prin-

cipio de unidad familiar; en éstas, el de unidad sucesoria. En las dos, y en todas las demás de naturaleza análoga, sería absurdo el fraccionamiento en tantas leyes cuantos Estados haya donde se posean bienes, porque las relaciones en cuestión son eminentemente personales y las cosas figuran en la relación jurídica con carácter subordinado y secundario.

Rechazamos igualmente el exceso personalista de la escuela clásica italiana, para la que todas las leyes son personales, por regla general, y sin otra limitación que el orden público internacional.

Sin perjuicio de volver más detenidamente sobre el tema en la lección reservada al orden público, anticiparemos que ambas categorías de leyes son territoriales, pero por diversa razón y con distinto alcance. La *lex rei sitae,* por reclamarla la naturaleza de la relación jurídica con validez territorial y extraterritorial; las de orden público, por exigirlas la salvaguardia de un interés social interno, con valor estrictamente territorial dentro del Estado.

Tenía razón Savigny al sostener que la propiedad y los derechos reales tienen su sede propia en la ley del lugar donde se encuentran, sin distinción entre bienes muebles e inmuebles.

Tres verdades fueron esclarecidas con esta doctrina: 1) La competencia de la *lex rei sitae* a título de regla requerida por la naturaleza de las relaciones reales, y no de excepción de orden público como pretendía la escuela de Mancini. 2) La limitación de esta competencia a los derechos reales, que miran a las cosas objetivamente consideradas, con exclusión de los derechos personales relativos a la capacidad, a la familia o a las sucesiones, que los estatutarios sometían indebidamente a la *lex rei sitae* cuando en la relación jurídica entraban bienes

raíces. 3) La supresión del anacrónico distingo estatutario entre bienes muebles e inmuebles: supresión justificadísima y aceptada por la mayor parte de la doctrina y de las legislaciones posteriores a Savigny.

El artículo 10 de nuestro Código civil somete los bienes muebles a la ley de la nación del propietario, y los inmuebles a las leyes del país en que están sitos.

Acabamos de decir que esta distinción ha sido recusada por la doctrina y suprimida en los nuevos Códigos. También lo será verosímilmente en el nuestro cuando llegue la hora de su revisión. Tanto las cosas muebles como las inmuebles deben ser regidas por la *lex rei sitae* en cuanto son objeto de un derecho real. Lo mismo unas que otras entran en la organización de la propiedad, y todas están sujetas al régimen jurídico económico del Estado y a las medidas de publicidad que afectan a terceros y a la sociedad en general.

Norma territorial también es la establecida por el artículo 8.° de nuestro Código civil al disponer que "las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que habiten en territorio español".

Dijimos al hablar de los estatutos personales y reales que eran susceptibles de dos acepciones: 1) referida a los elementos de la relación jurídica, según que en ella predomine el sujeto o la cosa; 2) referida al ámbito de vigencia de la norma, extraterritorial en los estatutos personales, territorial en los reales. Otro tanto cabe afirmar del principio personal y el territorial en la norma de Derecho internacional privado.

La primera de estas dos acepciones queda en principio ex-

plicada por el breve análisis que precede, y puede ser sintéticamente expresada en la siguiente fórmula: el principio personal regula la capacidad, la ausencia, la tutela, las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, la paternidad y filiación, las sucesiones y demás relaciones jurídicas en que prevalece el sujeto; el principio territorial rige la posesión, la propiedad, la prescripción, el usufructo, la hipoteca, las servidumbres y, en general, los derechos reales. A la parte especial corresponde el desarrollo de estos enunciados, que aquí apuntamos tan sólo como anticipada visión de conjunto.

La segunda de las acepciones, la relativa al ámbito de vigencia, abordada ya por los estatutarios y por los escritores clásicos, constituye hoy el punto central de discusión entre las escuelas nacionalistas e internacionalistas: ámbito de vigencia exclusivamente territorial y procedente de fuentes internas en las primeras; extraterritorial y derivado de fuentes superiores en la *Personalhoheit,* de Zitelmann; en la potestad de mando personal del Estado sobre sus súbditos, de Donati; en las leyes de protección individual, de Pillet; en la ley justa, de Prida; en la remisión primaria a la *lex patriae,* de Frankenstein.

Lección 14

III.—*La norma de Derecho internacional privado y el acto jurídico.*—La autonomía de la voluntad. Formación histórica del concepto. Dumoulin y Savigny. Radio de acción de la voluntad. Normas imperativas y supletorias. Derecho positivo. Regla "locus regit actum". Origen y evolución doctrinal. Fundamento jurídico. Naturaleza necesaria, facultativa o subsidiaria de esta regla. Excepciones. Legislación española.

La norma de Derecho internacional privado no está sólo integrada por el elemento personal y el territorial, cuyo examen acabamos de hacer. Corresponde también en su estudio un puesto, siquiera sea más reducido, a la voluntad de los particulares, manifestada en el acto jurídico, generador de efectos protegidos por la ley.

Todo acto jurídico tiene un elemento de carácter personal (el sujeto) y, los de naturaleza patrimonial, otro elemento de carácter real (la cosa objetivamente considerada). La indagación de los requisitos previos indispensables para la validez del acto jurídico ha de dirigirse, por lo tanto, a la norma reguladora de las personas y a la de los bienes, prescindiendo por de pronto de toda manifestación de voluntad.

Resueltas aquellas premisas, pasamos ya al ámbito propio de la norma de Derecho internacional privado específicamente reguladora del acto mismo. Esta norma tiene a su vez dos facetas: de una parte rige los requisitos substanciales o de fondo del acto jurídico; de otra parte, sus requisitos extrínsecos o

formales. El estudio de ambos problemas constituye la materia reservada a esta lección.

El fondo del acto contiene una manifestación de voluntad legalmente válida. Dos son, por tanto, los elementos que lo integran: uno voluntario, puesto por el sujeto; otro imperativo, puesto por la ley. Tengamos siempre presentes estos dos factores, pues ambos son necesarios para una cabal concepción del acto jurídico.

Bartolo y la escuela de Bolonia distinguían entre los requisitos de fondo y de forma, pero no reconocieron la parte privativa de la voluntad y se limitaron a someter el contrato a la ley del lugar de celebración o de ejecución.

Dumoulin fué el primero en proclamar el principio de autonomía de la voluntad en su *Consilium* 53. La voluntad de las partes es para él soberana en los contratos, y deberá ser inducida si no consta de modo expreso. El lugar del contrato es una de las presunciones, pero no la única; cabe imaginar otras. Aplica su teoría a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, y dice que el régimen legal de bienes en el matrimonio es una especie de *pacto tácito,* que sustituye al régimen contractual cuando éste no hubiera sido expresamente concertado y que debe regir todos los bienes de los esposos, sea cual fuere el lugar en que se encuentren.

La autonomía de la voluntad trasciende en esta doctrina de la órbita interna a la internacional, y a ella corresponde decidir si, dentro siempre del radio de acción a que aquella autonomía alcanza, han de ser aplicadas las disposiciones de Derecho supletorio de una u otra legislación.

Savigny fundamenta su teoría acerca de la competencia

local de las leyes, en la sumisión voluntaria de las partes, expresa o tácitamente manifestada. Aplicada esta doctrina en materia de obligaciones admite que, a falta de una declaración expresa, se induzca la voluntad presunta; pero contando siempre con que la voluntad expresa prevalecerá sobre la sumisión tácita.

La teoría de Savigni va en este punto demasiado lejos; prescinde del elemento imperativo y necesario de las leyes, contra el que la voluntad privada no puede ir, porque en realidad no es soberana, como afirmaba Dumoulin, sino tan sólo libre dentro del círculo que la ley le asigna.

Ni vale poner a la voluntad de las partes como único límite y contrapeso el orden público internacional, excepcional por naturaleza y territorial por su radio de aplicación, cuando las leyes reguladoras de la autonomía de la voluntad tienen un carácter necesario requerido por la naturaleza misma del acto jurídico, y su vigencia no se circunscribe al territorio del Estado, sino que puede seguir a la persona más allá de las fronteras, según tendremos ahora ocasión de ver.

Ley necesaria como regla, no como excepción, es la que en determinadas legislaciones, la española entre ellas, exige que las capitulaciones matrimoniales hayan de ser otorgadas antes de celebrarse matrimonio (artículo 1.315 del Código civil) y no pueden alterarse después, ya se trate de bienes presentes ya de bienes futuros (artículo 1.320), limitación que obliga a los españoles tanto fuera como dentro del territorio nacional. En cambio, ninguna razón habría para aplicar semejante norma prohibitiva a un matrimonio extranjero residente en España y cuya ley nacional permita la alteración posterior al matrimonio, pues en nada afecta esta materia al orden público.

Ley imperativa es asimismo la que limita la voluntad de testar en el padre de familia, con la institución de las legítimas y de las mejoras (artículo 808 del Código civil); su imperio se extiende al español que testa en el extranjero, y no alcanza, en cambio, al extranjero que testa en España.

Si de las normas de Derecho internacional privado familiares y sucesorias pasamos a las que regulan los bienes, hallamos de igual modo disposiciones necesarias, ya para la negociación de valores mobiliarios, ya para la transmisión de bienes raíces, para la constitución de hipoteca, censos y servidumbres o para el arriendo de predios rústicos.

Normas imperativas en materia de obligaciones y contratos, con valor dentro y fuera del territorio de un Estado, son aquellas que tienen generalizada aceptación internacional. Tal ocurre con las normas prohibitivas de contratos que tengan por objeto un convenio ilícito: la esclavitud, la trata de blancas, el tráfico de estupefacientes, la prestación de servicios por toda la vida. Otras normas imperativas, en cambio, tienen valor personal para los súbditos dentro y fuera de la nación, o valor territorial para todos, nacionales y extranjeros, dentro de las fronteras del Estado, o ambas cosas a la vez, como ocurre con las normas referentes al tráfico de moneda.

La concreta determinación de cuál sea la ley competente en cada caso para regir la autonomía privada, corresponderá tratarlo en la Parte especial, pero queden anticipadas desde ahora unas observaciones de conjunto que aquí importa consignar: 1) Las normas imperativas en materia de autonomía de la voluntad no proceden siempre de una misma ley, sino de tantas categorías de leyes como puedan regir el fondo y los efectos del

negocio jurídico. 2) Estas normas podrán, por lo tanto, ser unas veces de la legislación del juez y otras de legislaciones extranjeras. 3) Contra lo que ciertas teorías, especialmente italianas, pretenden, tales normas imperativas no son de orden público internacional, ya que, lejos de excluir la aplicación de la ley extranjera, admiten su competencia cuando le corresponda regir el fondo del acto. 4) Independientemente de las normas llamadas en principio a delimitar la autonomía de la voluntad e incluso frente a ellas, el orden público podrá actuar en esta materia como en cualquiera otra, excepcionalmente, para impedir que aquella autonomía viole reglas esenciales de la ley territorial.

Dentro ya del círculo fijado por las normas imperativas o necesarias, la autonomía de la voluntad tiene su campo propio para manifestarse con validez jurídica, y comprende incluso la facultad de señalar la ley que los interesados prefieran como más apta para completar e interpretar su voluntad, dentro siempre del área acotada por las leyes imperativas que la limitan y condicionan. La remisión se hace en ocasiones, sobre todo en materia mercantil, no a leyes, sino a usos y costumbres o a reglas universalmente admitidas como las de York y Amberes.

Si las partes no hicieron manifestación expresa de voluntad a este respecto, el juez deberá indagar su voluntad presunta acerca de la ley que verosímilmente tuvieron en cuenta al realizar el acto, y cuyas reglas supletorias o de interpretación deben ser consultadas para salvar las lagunas o resolver las dudas que se susciten.

La presunción más fundada parece estar a favor de la ley nacional del otorgante o de la nacional común a quienes

contratan. Si fuere diversa, procedería recurrir a la *lex loci actus* o ley del lugar de celebración del acto. Tales normas son criterios de orientación, no reglas preceptivas de ineludible observancia, pues se fundan en meras presunciones que las circunstancias concurrentes en cada caso, apreciadas por el juez, pueden alterar cuando la verdadera intención de las partes acerca de cuál sea la ley supletoria a que deba acudirse resulte inequívocamente patentizada.

La autonomía de la voluntad gira, pues, en torno a dos principios: uno, voluntario, que le sirve de contenido; otro, necesario, que le marca los límites en que se ha de mover. Los dos son indispensables para la cabal formación de este concepto jurídico, al que en nuestra disciplina corresponde un señalado puesto, junto a los de personalidad y territorialidad.

La doctrina italiana, vertida en el Código de 1865, adoptada por otras legislaciones europeas y hecha suya por el Código panamericano de 1928, afirmó el principio de autonomía de la voluntad en materia contractual sin otros límites que los derivados del orden público, inadecuado como regla e insuficiente como excepción para regir imperativamente las obligaciones y contratos. Incurrió con esta doctrina en el mismo error que ya hubimos de señalar, a propósito de la *lex rei sitae,* vanamente intentada sustituir también con el orden público internacional.

El error, corregido ya por la propia doctrina italiana en cuanto a la *lex rei sitae,* sigue todavía en pie y ha sido positivamente confirmado por el Código de 1942 respecto a la autonomía de la voluntad en materia contractual. Dice así el artículo 25: "Las obligaciones que nacen de contrato son regi-

das por la ley nacional de los contratantes, si es común; en otro caso, por la del lugar donde el contrato se celebró. *Y salvo en todo caso la voluntad diversa de las partes.*"

Los términos absolutos de la frase que subrayo—transcrita por el nuevo Código del antiguo de 1865, art. 9—motivaron quizá la omisión que el legislador español de 1889 hizo de la fórmula italiana en materia de autonomía de voluntad aplicada a las obligaciones y contratos.

Mas si esta razón puede explicar el silencio de nuestro Código, no basta para justificarlo, porque la autonomía de la voluntad es un principio del que no se debe prescindir en una sistemática ordenación de las normas de Derecho internacional privado. Lo que precisa es reducirlo a sus justas proporciones y encuadrarlo dentro de los límites que las leyes imperativas fijen a su ejercicio.

El acto jurídico tiene un elemento de fondo, constituído por la voluntad del disponente o la voluntad concorde de las partes entre las que se establece el vínculo, y un elemento de forma, que viene a ser manifestación externa y cuerpo visible de aquella voluntad, alma del acto o contrato.

Regla universalmente aceptada y cuyo origen se pierde en la lejanía de los siglos es la que, en fórmula abreviada, se conoce bajo el aforismo *locus regit actum.* En su virtud, todo acto o contrato celebrado según la ley del lugar donde se otorga es válido en todas partes.

La exigencia de una determinada forma para la validez del acto jurídico tuvo especial importancia en los tiempos antiguos y medievales, sobre todo en el Derecho romano. Trasplantado el problema del ámbito puramente interno a sus efec-

tos extraterritoriales por obra de los glosadores, aparecen ya en el siglo XIII las primeras manifestaciones de la regla *locus regit actum*, vislumbrada por juristas como Durante, y afirmada y difundida por la costumbre internacional.

Punto especialmente controvertido en la escuela de Bolonia fué la determinación de si un testamento otorgado conforme a la ley del lugar podía surtir efectos en otro territorio, y más concretamente, allí donde radicaran bienes inmuebles objeto de la herencia. Bartolo y Saliceto se pronunciaban en sentido favorable a la validez.

Dumoulin extendió la regla a toda clase de actos y puntualizó su concepto. Distinguió entre *forma substantialis* o elementos intrínsecos y *solemnitas extrínseca* o elementos formales y de validez. La impropiedad de llamar *forma substantialis* a los elementos de fondo fué tan sólo cuestión de terminología. El concepto de Dumoulin era, por lo demás, muy claro y limitaba la aplicación de la regla *locus regit actum* a las solemnidades de forma, con exclusión de la sustancia del acto.

Retrocede la regla con D'Argentré, que clasifica la ley reguladora de la forma en los estatutos mixtos, para venir en definitiva a englobarla en la *lex rei sitae*. Conclusión análoga mantienen Burgundio, Pablo Voet y la escuela holandesa, a propósito generalmente de la discutida validez extraterritorial del testamento.

La escuela francesa del siglo XVIII intenta rectificar en sentido personalista el rígido territorialismo de las dos escuelas que la anteceden. Bouhier rechaza que el estatuto regulador de la forma sea mixto y afirma que es personal, pero no acierta a encontrar la expresión. No lo considera personal porque

enlace al estatuto con el sujeto que realiza el acto, sino porque, con peregrina teoría, lo vincula al funcionario público o notario que da fe del otorgamiento, y cuya ley personal es la que debe regir la forma.

Apelando a una imagen literaria, Boullenois llama a los actos "hijos de la ley, ciudadanos del lugar donde nacieron y que deben ser vestidos a usanza del lugar", por razones a la vez doctrinales y prácticas.

Los requisitos de forma no tienen en nuestro tiempo la trascendencia que revistieron antes, salvo cuando vayan íntimamente ligados al fondo, como ocurre con la forma de celebración del matrimonio canónico. Hay, no obstante, actos jurídicos para los que se exige la escritura pública, el documento privado o la forma ológrafa.

De la observancia de una determinada forma depende en ocasiones la validez del acto. Tal ocurre, conforme a nuestro Código civil, con el precepto por virtud del cual "las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan en ellas habrán de constar por escritura pública otorgada antes de la celebración del matrimonio" (art. 1.321). La forma es, en este caso, *ad solemnitatem.* Otras veces es únicamente *ad probationen,* para cerciorarse de la existencia y significado del acto, pero sin que su omisión sea causa de nulidad.

El estado actual de la doctrina fué reflejado por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Lausana de 1927 al proclamar que la máxima *locus regit actum* sigue mereciendo general aceptación.

Acorde la doctrina en admitirla, no lo está en los motivos de su justificación jurídica. De Bar, Pillet y Weis tratan de fundarla en la costumbre internacional. No es admisible esta

teoría. La costumbre sirve para crear la norma a lo largo del tiempo y extenderla con valor obligatorio para los Estados; sirve también para atestiguar su existencia, su contenido, su continuidad, su radio de aplicación en el espacio. Lo que no puede darnos, y eso es lo que ahora se pide, es la razón jurídica en que se fundamenta. Una cosa es el hecho de la costumbre, y otra, su justificación. Norma consuetudinaria secular, todavía conservada en varias legislaciones, entre ellas la nuestra, es la que aplica distinta ley a las cosas muebles y a las inmuebles; y la ciencia moderna rechaza semejante distinción, sujetando una y otra clase de cosas, objetivamente consideradas, a la ley del lugar donde se encuentran.

Tampoco es admisible la teoría que trata de fundamentar la regla *locus regit actum* en el orden público internacional. La función asignada al orden público es negativa, y excluye la aplicación de la ley extranjera, aunque sea la competente. Su valor y eficacia es estrictamente territorial y no va más allá de las fronteras; la regla *locus regit actum* tiene, por el contrario, validez universal. El orden público, en fin, es norma reciente, que hasta el siglo XIX no fué conocida; la regla *locus regit actum* tiene siete siglos de existencia. Hubiera entonces carecido durante los otros seis de toda razón de ser.

La tesis más generalizada y que estimo más en lo cierto, busca el fundamento de la regla en razones de índole práctica. La regla *locus regit actum* nació porque la necesidad la impuso, y se ha difundido y afianzado universalmente porque su aplicación facilita la realización de los actos jurídicos, garantiza su veracidad y localiza los medios de prueba. Es útil, en todo caso, por brindar a las partes la posibilidad de acogerse a la forma establecida en una ley que está a su alcance inmediato. Es ne-

cesaria en determinadas ocasiones por ser diversa la nacionalidad de los contratantes, o por no existir en el lugar la institución o el medio indispensable para cumplir con la formalidad prevista en la ley nacional, como, de exigirse la escritura pública, ocurriría en Inglaterra, donde no hay notarios.

La cuestión capital que en torno a la regla *locus regit actum* se suscita, consiste en determinar si es necesaria o facultativa. En otras palabras: si las partes vienen obligadas a observarla siempre o si les es dable acogerse a la forma de su ley nacional o de la que rija el fondo del acto. Ni la doctrina ni las legislaciones han logrado en este punto un principio de unidad.

Declarar obligatoria en todos los casos la regla *locus regit actum* es, a mi juicio, desnaturalizar su objeto. Alégase en apoyo de esta interpretación que las leyes relativas a la forma de los actos y contratos tienden a asegurar la exteriorización fidedigna de la voluntad de las partes, y ninguna ley se halla en mejores condiciones para rodearla de todas las garantías de veracidad que la ley del lugar donde el acto se realiza, dictada en consideración al medio moral y social que constituye su área de vigencia. Las propias razones concurren en la ley nacional, cuyas normas responden a las condiciones morales y a las necesidades específicas del pueblo que las recibe.

Ni el fin a que la regla responde ni el motivo que la justifica abonan la tesis de su absoluta obligatoriedad. El fin, eminentemente práctico como queda dicho, es facilitar a las partes la realización del acto sin sujetarse a las formalidades de su ley nacional. Lejos de lograrlo, se entorpece y dificulta al constreñirlas a observar ineludiblemente la forma del lu-

gar, sin posibilidad de opción por la ley nacional, que puede serles más conocida o servir, tan adecuadamente al menos como la del lugar, los fines de veracidad que se persiguen.

El motivo jurídico en que la regla se fundamenta, la necesidad, tampoco justifica su forzosa aplicación cuando sea posible a las partes usar la forma prescrita en su ley nacional, más todavía si la ausencia de su Patria es temporal y el acto se realiza en el curso de un viaje, sin que los interesados hayan tenido ocasión de familiarizarse con las formas legales que rijan en el lugar de otorgamiento.

La obligatoriedad de la regla *locus regit actum* se impone cuando las leyes nacionales de los contratantes son diversas. Obsérvese que no basta, para su forzosa aplicación, con que las partes tengan distinta nacionalidad. Se requiere, además, que las leyes sean diversas, pues cabe que, sin coincidir la nacionalidad, las leyes nacionales sean idénticas, como sería el caso entre un francés y un belga, ya que en ambos Estados rige el Código Napoleón.

Aparte el supuesto de diversidad legislativa nacional que acaba de ser apuntado, el carácter facultativo cuadra mejor que el obligatorio a la naturaleza de esta regla y a la función específica que en la vida real le corresponde. Las partes podrán, según esta concepción, optar entre la ley local o la ley nacional que les sea común o idéntica.

La realización del acto se ve así facilitada, ya que ambas legislaciones ofrecen, como antes se dijo, las garantías deseables para la autenticidad de expresión y la prueba de la voluntad manifestada.

Un tercer sistema, patrocinado por la doctrina alemana, sostiene que la forma del acto jurídico no es sino el accesorio

de la sustancia, y debe ser regida por la misma ley. En consonancia con esta tesis, el Código alemán de 1900 dispone: "La forma de un negocio jurídico es determinada por la ley que regula la relación jurídica objeto del negocio. Es suficiente, sin embargo, la observancia de la ley del lugar donde el negocio jurídico se realiza" (art. 11 de la ley de introducción).

En igual sentido se expresan la ley japonesa de 1898 (artículo octavo), y con ligeras variantes de redacción la ley polaca de 1926 (art. 5).

La ley del lugar de celebración del acto, pasa en este sistema a ser meramente subsidiaria. Erígese en principio único, aplicable tanto al fondo como a la forma, la ley reguladora de la sustancia del negocio jurídico. Queda así rota una tradición que viene desde Dumoulin, y cuya razón de ser conserva todo su vigor.

El principio *locus regit actum* -escribe Fedozzi- surgió históricamente con independencia de la ley aplicable a la sustancia de los negocios jurídicos, de modo unitario, sobre base propia, para satisfacer determinadas exigencias, diversas de las que determinan la ley aplicable a los elementos sustanciales del negocio jurídico. Casi todas las legislaciones aplican leyes diversas al fondo y a la forma; y el Instituto de Derecho Internacional, con su máxima autoridad científica, ha declarado, como antes dije, que la regla *locus regit actum* encuentra todavía hoy asenso general.

Con razón afirma Diena la inadmisibilidad del sistema por virtud del cual los requisitos extrínsecos e intrínsecos, los que sirven para exteriorizar la manifestación de voluntad y los que regulan el fondo del acto jurídico, forman un todo único e indivisible, al que procede aplicar una misma ley, cuando

en realidad son de naturaleza enteramente diversa, hasta el punto de que, un acto formalmente válido, puede ser intrínsecamente nulo, y viceversa. Cosa distinta sería—añado yo—extender la posibilidad de opción de las partes a la ley que rija el fondo del acto, pues así se amplía el carácter facultativo de esta regla.

Constituyen una excepción a la regla *locus regit actum* las llamadas formalidades habilitantes o viscerales (asistencia del tutor, autorización del marido, aprobación del juez) necesarias para que personas total o parcialmente incapaces por razón de edad, demencia, prodigalidad, sexo, estado, interdicción o ausencia, puedan ser parte en un acto jurídico.

Fácilmente se advierte que tales formalidades, contra lo que esta palabra pudiera inducir a creer, no son de forma sino de fondo. Su objeto es suplir la incapacidad o completar la capacidad imperfecta de una persona, en beneficio y protección de la persona misma, y para garantía de la validez intrínseca del acto que también interesa a las otras partes, a los terceros afectados y a la seguridad del comercio jurídico dentro y fuera del territorio nacional.

Trátase, en suma, de una cuestión que debe ser regida por la misma ley reguladora de la capacidad, no por la *lex loci actus,* ya que la forma en ella es cosa secundaria, y lo que importa asegurar es la plena personalidad jurídica del sujeto para obligarse.

No encontramos, en cambio, justificada otra excepción a la regla *locus regit actum,* que algunos autores sostienen y el Código civil alemán consagra al disponer en la parte final del artículo 11 que esta regla no podrá ser observada, ni aun a

título subsidiario, en aquellos actos por los que se constituyen o se transmiten derechos reales. La forma de tales actos deberá, en consecuencia, ser regida por la misma ley que regula su fondo, esto es, la *lex rei sitae.*

La confusión de conceptos que en esta doctrina se advierte responde al mismo error que impulsaba a los estatutarios a exigir la aplicación de la ley del lugar de situación de los bienes, en materia de capacidad para poseer bienes inmuebles, o al regular las sucesiones.

La *lex rei sitae* debe en todos estos casos regir cuantas formalidades de inscripción y de publicidad hayan de cumplirse para garantía de los intereses de terceros y de la sociedad en general; pero nada tiene que ver con la forma de celebración del acto, en cuanto concierne a las relaciones entre las partes, que pueden válidamente acogerse a la regla *locus regit actum.*

Punto controvertido en la doctrina es la determinación de validez o invalidez de un acto, verificado según la ley del lugar de celebración sin la observancia de forma solemne, cuando ésta sea exigida por la ley nacional del otorgante bajo pena de nulidad.

Entienden algunos autores que este supuesto implica una excepción a la regla *locus regit actum,* por tratarse de un requisito intrínseco y de fondo, destinado a la protección de la persona y a la garantía de su consentimiento, que debe ser regido por la ley nacional.

No suscribimos esa doctrina. La excepción que propone no puede ser equiparada a las formas habilitantes o viscerales, y cabe únicamente admitirla cuando la solemnidad va indisolublemente ligada al vínculo, como ocurre con la forma religiosa de celebración del matrimonio. Fuera de tales casos, que

son muy contados, no. La regla *locus regit actum* conserva, en el terreno de los principios, todo su vigor.

Prácticamente, sin embargo, es indudable que el Estado cuya ley exigía la forma solemne no observada por sus nacionales en el extranjero, negará validez al acto celebrado según la ley del lugar, y quizá también se la nieguen aquellos terceros Estados que igualmente exijan, en análogo supuesto, la sujeción a una forma solemne. El acto será, por el contrario, válido en territorio del Estado donde se otorgó y en todos los demás que acepten en idéntico caso la misma forma.

Para evitar efectos tan dispares y asegurar la indiscutible validez en unos y otros Estados, siempre será preferible a las partes, de no mediar dificultad que lo impida, guardar la forma solemne, si alguna de las leyes con las que el acto se relaciona la exigiere bajo pena de nulidad.

El artículo 11 del Código civil español dispone: "Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país donde se otorguen".

La redacción poco afortunada de este precepto legal ha suscitado dudas acerca de su exacta significación. La primera parte del párrafo, al aludir, en términos generales, a los "contratos" y "testamentos", abarca toda clase de formas, solemnes y no solemnes. La segunda parte, en cambio, "y demás instrumentos públicos", incongruente con la anterior, parece excluir de la disposición las formas privadas. Más en consonancia habría estado con las palabras que encabezan el artículo esta otra frase: "y demás actos jurídicos".

En realidad, el alcance del artículo 11 no se limita a los

instrumentos públicos, aunque su texto literal pueda inducir a confusión. Comentaristas tan calificados de nuestro sistema positivo como los profesores Lasala y Trías de Bes interpretan esta disposición en el sentido de que se refiere tanto a los actos privados como a los públicos. Esta es la doctrina legal sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de marzo de 1913, al declarar "que el documento firmado ante los testigos por don ....., de origen español, en la ciudad de Londres, tiene el carácter de un testamento, y por lo que concierne a la forma es válido en España".

La regla *locus regit actum* tiene en la legislación española carácter imperativo, con determinadas excepciones, de las que solamente citaremos aquí las dos más salientes, reservando el examen de las demás para la Parte especial de nuestro curso.

La primera de las excepciones está contenida en el propio artículo 11. Su segundo párrafo establece que "cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de España en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes españolas". El artículo 734 hace aplicación de ese mismo principio al caso de testamento abierto o cerrado que un español pueda otorgar en el extranjero; y el artículo 100 atribuye a los cónsules y vicecónsules las funciones de jueces municipales en los matrimonios de españoles celebrados en el extranjero.

La segunda excepción consiste en la facultad que el Código civil, en su artículo 732, concede a los españoles de hacer testamento ológrafo con arreglo al artículo 688, "aun en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento".

El legislador español ha tratado de atenuar la rigidez del

carácter imperativo de la regla que comentamos, con excepciones concretas, sin las que la inflexible aplicación del principio conduciría a consecuencias absurdas. Mas no salvan todos los casos en que la opción deba ser reconocida. Su índole casuística dificulta, además, la coincidencia de las legislaciones, que tan conveniente es en el señalamiento de la norma aplicable a la forma de los actos jurídicos.

Las razones doctrinales que antes fueron aducidas, y la generalización que en las codificaciones contemporáneas ha ganado el carácter facultativo de la regla *locus regit actum,* nos inclinan a señalar la conveniencia de una reforma inspirada en esta orientación.

Lección 15

IV.—*La norma de Derecho internacional privado en el tiempo.*— La norma jurídica en el espacio y en el tiempo. Influjo de la codificación. Irretroactividad o retroactividad de las normas de Derecho internacional privado. Teorías de Niedner y de Kahn. Criterio aplicable. Ordenamiento legislativo en que ha de buscarse la norma de Derecho transitorio. Teoría de Anzilotti. Crítica. Solución procedente. Cambio de normas de Derecho internacional privado por anexión territorial o creación de nuevos Estados. Cambios derivados de convenio internacional. Su ejecución e interpretación.

La norma jurídica en general, tiene un ámbito de vigencia no tan sólo en el espacio, sino también en el tiempo. El parentesco de estos dos problemas fué ya puesto de relieve por Savigny al tratar conjuntamente, en el tomo VIII de su *Sistema de Derecho romano actual,* "Del dominio de las normas de Derecho sobre las respectivas relaciones jurídicas en el tiempo y en el espacio".

Algunos autores, más que una simple analogía, ven entre ambos conceptos una verdadera identidad. Fúndanse para ello en que uno y otro parten de la existencia de derechos adquiridos; y la adquisición de todo derecho se localiza en el tiempo y en el espacio, en un determinado momento y en un determinado lugar, de donde deducen que el problema es el mismo, e idéntica debe ser la solución. Toda la diferencia se reducirá a que, en orden al tiempo, se aplique la ley antigua, la que regía

cuando el derecho fué adquirido; y, en orden al espacio, la ley extranjera, la del lugar donde se produjo la adquisición.

Al equiparar los conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo, la norma de Derecho internacional privado llamada a resolver los primeros, aprovecharía la técnica jurídica más trabajada y antigua, y las disposiciones legislativas, más copiosas, de la norma de Derecho transitorio. Esta tentadora perspectiva favoreció no poco la difusión de la teoría que comentamos.

La naturaleza de una y otra norma no admite, sin embargo, su pretendida identificación sustancial. Los conflictos de leyes en el espacio, dice Diena, implican la presencia de varias leyes de Estados diferentes, cada una de las cuales conserva y ejercita la propia eficacia dentro de los límites que le correspondan; en tanto que los conflictos de leyes en el tiempo suponen varias leyes que han estado sucesivamente en vigor dentro de un mismo Estado, y la finalidad del Derecho transitorio consiste en saber si una ley derogada puede conservar su eficacia respecto a relaciones jurídicas que nacieron bajo su imperio.

En el mismo orden de ideas, escribe Fedozzi, con acertado juicio, que la norma de Derecho transitorio tuvo su origen y se encuentra bajo el dominio de una misma soberanía, para la que el respeto a los derechos privados adquiridos bajo la antigua ley es un vínculo moral pero no jurídico; en tanto que las relaciones que deben ser reguladas por el Derecho internacional privado, interesan a soberanías diversas, y aquella en cuyo territorio es alegado el derecho no puede dejar de tener en cuenta los legítimos intereses de las demás.

No son, pues, equiparables la norma de Derecho transitorio, llamada a resolver los problemas que crea la proyección de

la ley en el tiempo, y la norma de Derecho internacional privado, específica de nuestra disciplina, que atiende a los conflictos de leyes en el espacio.

Lo que sí ocurre es que la norma de Derecho internacional privado, aparte su vigencia limitada en el espacio, tiene, además, como cualquiera otra norma jurídica, una vigencia limitada en el tiempo. De aquí que, junto a los problemas de Derecho transitorio puramente interno a que antes se hizo referencia, existan problemas de Derecho internacional privado transitorio, a cuyo estudio se dedica la presente lección.

El problema que examinamos reviste especial interés, por las modernas innovaciones que los tratados y las leyes han introducido en las normas de Derecho internacional privado, con derogación de las normas anteriormente vigentes. Trátase entonces de saber si los derechos adquiridos al amparo de la antigua norma han de continuar siendo regidos por ella o quedan sujetos a la nueva. En otras palabras: si la nueva norma tiene o no efecto retroactivo.

En tanto las normas de Derecho internacional privado se hallaban diseminadas en fragmentarias disposiciones civiles o administrativas, o subsistían por simple pervivencia consuetudinaria secular, fueron cosa natural la incoherencia y la rutina. Las codificaciones colectivas y las nacionales impusieron una revisión de principios y de sistemas que trajeron como consecuencia la sustitución de no pocas normas repudiadas por la doctrina o por la experiencia, y la necesidad subsiguiente de proveer a la resolución de estos conflictos de leyes en el tiempo.

La revisión de normas anticuadas y su reemplazo por otras

más aptas para el complejo círculo de la vida que están llamadas a regir, ha sido fenómeno bastante generalizado y de no escasa monta en la obra codificadora del Derecho internacional privado acometida por Conferencias internacionales y por legisladores internos.

El Código civil alemán de 1900 sustituyó la ley del domicilio que regía la capacidad personal en la antigua legislación prusiana, por la ley nacional, y el sistema de fraccionamiento de la sucesión entre la ley del domicilio para los bienes muebles y la *lex rei sitae* para los inmuebles, por el sistema de unidad a favor de la ley nacional del causante, para toda clase de bienes.

El conflicto de leyes en el tiempo surge cuando un derecho, nacido mientras la antigua norma de Derecho internacional privado estaba todavía en vigor, ha de surtir efectos con posterioridad a la promulgación de la que vino a derogarla. Para expresarlo con un ejemplo: el problema aparece si marido y mujer belgas, casados en Berna el 1898, trasladan dos años más tarde su domicilio a Berlín, y se plantea la cuestión de saber si ha de aplicárseles como ley reguladora de su régimen familiar la ley nacional o la ley del domicilio. La solución será diversa, según se haga depender el caso de la nueva norma alemana o se la someta a la antigua norma prusiana. Dicho de otro modo: según se atribuya o no efecto retroactivo a la norma de Derecho internacional privado contenida en el Código civil alemán de 1900.

El problema es sencillo si nos atenemos a la regla usual en Derecho transitorio: las relaciones jurídicas creadas con validez legal al tiempo de estar en vigor la antigua norma de Derecho internacional privado, continúan siendo regidas por ella

no obstante el cambio legislativo operado en el sistema de Derecho internacional privado del juez; las relaciones nacidas con posterioridad a la promulgación de la nueva norma caen ya bajo su regulación. Si aplicamos este criterio al ejemplo antes citado, regirá la norma de Derecho internacional privado prusiana que era la vigente en Berlín en el momento de celebrarse el matrimonio. Por esa misma causa procedería aplicar la norma del Código civil alemán, si el matrimonio hubiese sido contraído con posterioridad al 1.º de enero de 1900.

La cuestión viene a ser más compleja si, en vez del criterio de irretroactividad que acaba de enunciarse, prevalece, en todo o en parte, el sistema de retroactividad de la norma de Derecho internacional privado. Por marcar dentro de esta tendencia dos matices diversos, absoluto el uno, relativo el otro, me referiré a las teorías de Niedner y de Kahn.

Niedner sostiene que las normas de Derecho internacional privado, por pertenecer al Derecho público, son de efecto retroactivo y deben aplicarse indistintamente a las relaciones jurídicas nacidas antes y después de su promulgación, sin que proceda respetar derechos adquiridos del tiempo en que la antigua norma regía.

Frente a la aseveración de Niedner, importa precisar que no todas las normas de Derecho público tienen necesariamente efecto retroactivo. De Derecho público son las normas de nacionalidad, y no por eso les acompaña semejante condición. El respeto a los derechos adquiridos en el orden internacional privado, tiene además una especial significación puesta de relieve por Fedozzi en su doctrina antes recordada. El legislador no puede lícitamente desconocer esos derechos subjetivamente ad-

quiridos, ni hacer uso de una facultad tan excepcional como la de dar efecto retroactivo a una norma frente a relaciones jurídicas que no son de orden puramente interno ni dependen, por consiguiente, de su exclusivo arbitrio.

El criterio retroactivo de Kahn no es tan absoluto como el de Niedner. Admite la retroactividad cuando la relación jurídica no llegó a tener contacto con el Estado donde la cuestión se plantea, antes de haber sido modificada la norma.

Supongamos el caso de un italiano de 17 años, domiciliado en Dinamarca, que contrajo allí matrimonio en 1899. La ley danesa exige para su celebración la edad de 20 años; la italiana lo permite a los 16. Planteada la cuestión ante un juez alemán podrá aplicar con efecto retroactivo la norma del Código civil alemán de 1900, esto es, la ley nacional y declarar, en consecuencia, válido el matrimonio porque no existe ningún contacto con Alemania.

En cambio, cuando la relación jurídica tiene contacto con el Estado del juez, Kahn excluye en la nueva norma de Derecho internacional privado el efecto de retroactividad. Ejemplo: un francés, casado en Francia y domiciliado en Alemania antes de 1900. El juez alemán deberá aplicar en este caso la antigua norma prusiana, que remite a la ley del domicilio, porque la situación jurídica está "impregnada" del Derecho anterior al Código.

El diverso tratamiento aplicado en uno y otro caso a la misma relación jurídica, por circunstancias extrínsecas a la propia relación cuyo régimen se ventila, oscurece el valor de la parte aceptable de la teoría de Kahn, aquella en que admite la irretroactividad de la norma cuando existió contacto con el Estado del juez; y no evita la crítica desfavorable en la faceta

coincidente con la doctrina de Niedner, que hemos refutado ya.

El breve examen de las teorías que acaban de ser comentadas confirma el criterio que al principio anticipé, favorable a la no retroactividad de la nueva norma. Lo que no impide que un acto, nulo por esta causa en el Estado del juez, pueda ser, sin embargo, válido en el Estado de origen, por acomodarse a su norma de Derecho internacional privado.

Un aspecto de la norma de Derecho internacional privado parece exigir la aplicación del principio retroactivo: el relativo al orden público internacional, ya que su índole, eminentemente imperativa y obligatoria para extranjeros como para nacionales, está por encima de todo supuesto derecho adquirido particular. Mas tampoco en este caso se trata de una aplicación retroactiva de la norma de Derecho internacional privado, por la sencilla razón de que la norma relativa al orden público internacional es una verdadera norma en blanco, cuyo enunciado genérico no concreta la regla que se ha de aplicar, y cuya interpretación compete al juez, según las ideas morales y el régimen de Derecho que, en cada momento histórico, prevalecen en su Estado.

Aclaremos este concepto con una aplicación concreta a la norma de orden público internacional contenida en el artículo 11, párrafo 3.º de nuestro Código: "las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero."

Supongamos que un cónyuge francés, cuyo matrimonio se rige según nuestro Código por la ley nacional, hubiera entabla-

do en 1934, ante un juez español, demanda de divorcio. La norma de orden público internacional antes citada, no impedía entonces el concederlo, porque la legislación republicana admitía el divorcio. En cambio si la demanda se presentase ahora y afectara a un matrimonio celebrado antes del 1936, la misma norma impondría al juez desestimar la demanda, por regir nuevamente en España, tras el paréntesis láico de la República, el principio de indisolubilidad, norma prohibitiva que tiene por objeto las buenas costumbres, a cuyo imperio, tampoco los extranjeros pueden en nuestro territorio sustraerse.

El texto de la norma era el mismo en 1934 que en 1943. No ha habido retroactividad en el precepto. Lo que ha habido es interpretación del juez acorde, en cada caso, con el respectivo sentido moral de su legislador.

Un nuevo problema se suscita a propósito del ordenamiento legislativo en que ha de buscarse la norma de Derecho transitorio.

Anzilotti sostiene que la legislación competente no es aquella donde el cambio de normas de Derecho internacional privado se produjo, sino aquella otra que, según la nueva norma de colisión, rige sustantivamente el caso. Imaginemos el de un español que poseía bienes inmuebles en Berlín y falleció antes de 1900. Su sucesión plantea el problema de averiguar si ha de aplicarse la *lex rei sitae,* conforme a la antigua legislación de Prusia, o la ley nacional, de acuerdo con el nuevo Código civil alemán. Traducida a este ejemplo la teoría de Anzilotti, procedería aplicar el Derecho transitorio español, por ser nuestra ley, a título de ley nacional, la indicada por el Código civil

alemán para regir la sucesión. Mas, es el caso que, en nuestra legislación, no existe ningún problema de Derecho transitorio, porque la norma de Derecho internacional privado en materia sucesoria es la misma antes y después de 1900: la ley nacional, conforme al artículo 10 de nuestro Código. El problema surge en la legislación alemana, y a ella corresponderá dar la solución.

La teoría de Anzilotti, al remitir la solución del problema transitorio a la ley sustantiva aplicable según la norma de Derecho internacional privado vigente en la actualidad, incurre en una petición de principio, pues lo que justamente se trata de averiguar es si la norma de Derecho internacional privado competente para el caso en cuestión, es la vigente o la derogada. Cierto que esta consulta a la nueva norma de Derecho internacional privado es, por así decir, provisional, pues que, en definitiva, la solución ha de buscarse, según la teoría que comentamos, en las normas transitorias del Derecho sustantivo declarado aplicable por la propia norma de Derecho internacional privado actual. Mas de todos modos, ni inicialmente siquiera debe dirigirse el juez a la nueva norma de Derecho internacional privado, porque prejuzga ya el Derecho sustantivo a que seguidamente ha de acudir, ni las normas transitorias de este Derecho sustantivo son las indicadas para resolver un problema totalmente ajeno a su legislación, en la que ninguna mudanza se ha realizado.

El Derecho sustantivo deberá ser llamado a pronunciarse, cuando la mutación legislativa se produzca en su propio ordenamiento, no en el de la norma de Derecho internacional privado. Tal sería el caso si se tratara de la sucesión de un alemán fallecido en 1899, que poseyere bienes raices en España y,

acerca de cuya transmisión, se promoviera litigio ante un juez español. El juez consultaría entonces la norma de Derecho internacional privado que nuestro Código establece en orden a la sucesión. De conformidad con el artículo 10 acudiría al Código alemán, ley nacional del causante, en busca de las disposiciones sustantivas reguladoras de la herencia, y, al encontrarse con el cambio legislativo operado en el intervalo, se atendría a las normas transitorias del propio Código alemán, no en lo relativo a la norma de Derecho internacional privado, que sigue siendo la misma, la de nuestro Código, sino en el Derecho material directamente aplicable, en este caso el alemán, que es donde se ha producido el cambio de legislación.

Puede, no obstante, ocurrir que la remisión al Derecho extranjero se haga con la expresa declaración de que se refiere al Derecho vigente en el momento de promulgarse la ley que lo reclama. Tal es el caso de la ley vaticana de 7 de junio de 1929, que supletoriamente remitió a las normas dictadas por el legislador italiano hasta la entrada en vigor de la mencionada ley. De aquí que los Códigos civil y penal italianos comprendidos en aquella remisión hayan seguido en vigor en la Ciudad del Vaticano, no obstante haber sido derogados y sustituídos por otros en Italia.

El criterio para resolver las cuestiones que, en orden al tiempo, se promueven cuando una norma de Derecho internacional privado es sustituída por otra, debe ser buscado en la propia legislación donde el cambio se operó y conforme a sus disposiciones transitorias de carácter general.

Alégase en contra de esta solución, por los partidarios de la teoría antes comentada, que tales disposiciones transitorias fue-

ron dictadas por el legislador para regular los casos de retroactividad o irretroactividad de las normas de Derecho material, y no cabe aplicarlas a las normas de Derecho internacional privado, que son de naturaleza enteramente diversa. Si esto fuera cierto, tampoco las disposiciones transitorias contenidas en el Derecho sustantivo a que la nueva norma de Derecho internacional privado remite serían aptas, contra lo que aquella teoría pretende, para dar la solución.

De cuanto llevamos dicho acerca de la naturaleza de la norma de Derecho internacional privado, se deducen las características que la distinguen de las normas de Derecho material; pero esta distinción específica, no impide que a unas y a otras puedan ser aplicadas las mismas normas de Derecho transitorio cuando todas pertenezcan a la propia legislación.

Las disposiciones transitorias vigentes en el Estado del juez, que es donde el cambio de normas de Derecho internacional privado se produjo, darán la pauta para resolver los conflictos de aplicación de estas normas en el tiempo. Si conforme a tales disposiciones una relación jurídica debe ser regulada por la legislación antigua, se le aplicará la norma de Derecho internacional privado que anteriormente regía en la *lex fori*. Si las disposiciones transitorias someten esa relación a la nueva ley, el juez aplicará la norma de Derecho internacional privado actualmente en vigor.

El cambio de normas de Derecho internacional privado no es, en ocasiones, producto de una normal revisión codificadora del legislador nacional, sino consecuencia de anexiones territoriales o de creación de nuevos Estados. Los sistemas de Derecho internacional privado definidos por la ley polaca de 1926 y

por el Código civil rumano de 1939, responden a esta causa.

Las anexiones y las uniones de territorios sujetos antes a diversa soberanía, no implican que, de pleno derecho, se extienda a todos el Derecho privado del ordenamiento jurídico que podemos llamar dominante. El Derecho civil francés siguió rigiendo en Alsacia y Lorena después de su incorporación a Alemania en 1870 (salvo disposiciones aisladas, especialmente en materia de nacionalidad) hasta la promulgación del Código civil alemán de 1900, cuya vigencia fué, a su vez, mantenida por Francia tras la anexión de las dos provincias renanas en 1919 por el tratado de Versalles.

La norma seguida en ambas ocasiones, es la procedente y usual en toda cesión de territorio. El principio de irretroactividad de la nueva ley constituye una elemental garantía que el Estado anexionante debe reconocer a los derechos adquiridos bajo el imperio de la ley antigua.

Ninguna razón abona la excepción que algunos autores pretenden introducir a este principio en detrimento de las normas de Derecho internacional privado, por estimarlas reglas de soberanía que cesan automáticamente y de pleno derecho al pasar el territorio de uno a otro Estado. "Mantener en Alsacia y Lorena—escribía en 1920 Niboyet—las reglas de conflicto de leyes alemanas, es dejar a un país extranjero hacer acto de soberanía en Francia. El Derecho de gentes se opone a ello." En el mismo sentido se expresaba Eliesco con relación a los territorios del Tirol austriaco incorporados a Italia en 1919.

Justamente replica Bartin que el Estado anexionante debe respetar los derechos adquiridos por los particulares bajo el régimen de la antigua legislación, sin que por ello padezca su soberanía. "El Estado anexionante -dice- debe tratar las per-

sonas y el territorio que se agrega, como el Estado a que pertenecían hubiera hecho de no verificarse la anexión."

Las antiguas normas de Derecho internacional privado, siguen en toda anexión o unión territorial vigentes mientras la nueva soberanía no las derogue y sustituya por otras de modo expreso. Así hizo el legislador francés al promulgar la ley de 1921, y declarar en ella que "los conflictos entre estas leyes (las leyes locales) y las leyes extranjeras son regidas por el artículo 3 del Código civil y por el sistema general de Derecho internacional privado admitido en Francia" (art. 15).

Un último reducto quedaba a los partidarios de la irretroactividad: atribuir a las disposiciones de la ley de 1921 un carácter meramente interpretativo, con lo que no venían éstas a significar innovación sino tan sólo aclaración del Derecho anterior, que para aquellos autores era el Derecho francés en materia de conflictos de leyes, implantado, según su teoría, de pleno derecho al verificarse la anexión.

La jurisprudencia francesa, con plausible acuerdo, no ha admitido esta teoría; y, en sentencias de los tribunales civiles de Mulhouse y de Estrasburgo, ha declarado la vigencia de las normas de Derecho internacional privado alemán para todos los casos anteriores a la ley de 1921. El tribunal de Casación de París, ratificó este mismo criterio en un fallo de 24 de marzo de 1924, que niega carácter interpretativo a la ley de 1921, y declara que ninguna disposición la hace extensiva a las relaciones jurídicas anteriores a su promulgación, por lo que procede atenerse al principio de que la ley no dispone sino para el porvenir.

La adopción de nuevas normas de Derecho internacional privado puede proceder, no del legislador interno sino de un convenio internacional. A las cláusulas de este convenio deberá entonces acudirse en primer término, para consultar si contiene reglas acerca de su vigencia en el tiempo.

Aunque rara, existe alguna disposición de esta índole en los convenios más recientes. El relativo a la ejecución de sentencias arbitrales, firmado en Ginebra el 26 de septiembre de 1927, dispone (art. 6): "El presente convenio no se aplica más que a las sentencias arbitrales pronunciadas después de la entrada en vigor del Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje, abierto en Ginebra desde el 24 de septiembre de 1923."

A falta de norma transitoria en el convenio, cada legislador, al darle ejecución en su territorio, podrá dictar disposiciones especiales a este fin; en defecto de ellas, el juez se atendrá a las de su propia ley, pero procurando, hasta donde sus preceptos transitorios lo permitan tener en cuenta, con amplitud de criterio, el aplicado en los demás Estados firmantes del convenio para asegurar, en lo posible, una interpretación uniforme que favorecerá le eficacia extraterritorial y evitará posibles motivos de denuncia, ya que esta clase de convenios son generalmente suscritos por un período de años (en los de La Haya, cinco) tácitamente renovables, salvo denuncia, al final de cada uno de los períodos.

Punto previo importante para resolver las cuestiones de Derecho transitorio, es la fijación del momento de tránsito de la vigencia de una a otra norma. Respecto a las convencionales, pueden surgir dudas acerca de si será a partir de la ratificación o de la publicación interna cuando entre una y otra se interpone un período de tiempo.

Para obviar estas dificultades, los convenios de Derecho internacional privado suelen contener una cláusula, por virtud de la cual se fija para su entrada en vigor un plazo que oscila entre uno y tres meses, según los convenios, a contar de la ratificación o adhesión, con objeto de dar así tiempo a los Estados para promulgarlo o publicarlo en su territorio.

El protocolo suscrito en La Haya el 27 de marzo de 1931 por varios Estados, y que lleva la firma de España, reconoció la competencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, "para entender en toda diferencia entre ellos, concerniente a la interpretación de los convenios elaborados por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que hayan ratificado o a los que se hubiesen adherido". La generalidad del precepto, lo hace extensivo a toda cuestión de Derecho transitorio que surja entre los Estados contratantes al aplicar dichos convenios.

APLICACION DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Lección 16

I.—*Definiciones previas.*—Teoría de las calificaciones. Doctrinas de Kahn y de Bartin; soluciones que proponen; excepciones. Polémica científica en torno a esta doctrina. Criterios de Diena, Frankenstein, Rabel, Lea Meriggi y Castro. Criterio preferible; calificación de la norma de Derecho internacional privado y calificación del Derecho material interno. Disparidad legislativa al calificar la naturaleza privada o pública de una relación. Fórmulas de calificación en los tratados y en las leyes.

Las normas de Derecho internacional privado declaran cuál es la ley competente para regular cada categoría de relaciones jurídicas. Así, en la legislación española, el estado y la capacidad de las personas es regido por la ley nacional, que también es la competente en materia de bienes muebles, mientras que los inmuebles son gobernados por la ley del lugar donde están sitos. Mas la aplicación de una u otra ley depende en estos casos de la previa definición que recaiga acerca de la nacionalidad de la persona, o de la condición mueble o inmueble de las cosas. De aquí nace el primer problema que suscita la aplicación de la norma de Derecho internacional privado y al que trata de dar solución la teoría de las calificaciones.

Esta teoría juzga que la aplicación de la norma de Derecho internacional privado implica la previa resolución del problema consistente en calificar la naturaleza de la relación jurídica, que no en todas las legislaciones recibe igual definición. Limitándonos a los ejemplos que acaban de ser citados, observemos, en materia de nacionalidad, que unas legislaciones establecen el

principio del *jus sanguinis,* por el que se atribuye a los hijos la nacionalidad de los padres, mientras que en otras domina el principio del *jus soli,* que declara nacionales a los nacidos en el territorio aun cuando los padres fuesen extranjeros. Con relación a los bienes, por citar un ejemplo, la legislación francesa ofrece la particularidad de que las acciones del Banco de Francia, no obstante su evidente naturaleza mobiliaria, son, en determinadas condiciones, calificadas de inmuebles. ¿Qué ocurrirá en el supuesto de que las calificaciones de la *lex fori* y de la ley o de las leyes extranjeras no sean coincidentes? En esa posible disparidad se apoyan todas las construcciones doctrinales ideadas en torno al problema de las calificaciones.

Dos autores plantearon esta cuestión, desde contrapuestos puntos de vista: Kahn y Bartin. Kahn lo resolvía a favor de la ley extranjera; Bartin, a favor de la *lex fori.*

Según Kahn, la ley extranjera declarada aplicable por la norma de Derecho internacional privado del juez, debe ser la que, por regla general, defina la relación jurídica y nos diga cuál es su verdadera naturaleza, pues otra cosa sería hacer ilusoria la aplicación de esa ley extranjera declarada competente por la propia *lex fori.*

Bartin, por el contrario, se pronuncia a favor de la *lex fori.* En apoyo de su tesis alega que todo legislador, al dictar normas de Derecho internacional privado y declarar una ley extranjera competente, restringe la aplicación de su ley interna y pone límites a su propia soberanía. No cabe admitir que tal limitación vaya más lejos de lo que indudablemente estuvo en el ánimo del legislador que a sí mismo se la impuso. De aquí que, toda remisión a un Derecho extranjero, deba ser interpretada

con criterio restrictivo y entendida siempre dentro de los límites fijados por las calificaciones contenidas en la ley del juez, que son las que su legislador tuvo en la mente al señalar la ley aplicable.

El argumento no es convincente. Al dictar normas de Derecho internacional privado, todo legislador busca resolver con un criterio de justicia la regulación de aquellas relaciones complejas que exceden del círculo interno nacional y reclaman, por su naturaleza misma, la aplicación de una ley extranjera. Esta finalidad resultaría frustrada si la calificación de tales relaciones, distintas de las puramente internas, fuese realizada con el mismo criterio específico y particular que el legislador aplica a estas últimas; criterio que puede ser inadecuado y estrecho para abarcar las relaciones comprendidas en la norma de Derecho internacional privado, de amplitud más universal y genérica, si las instituciones jurídicas o la nomenclatura técnica de la *lex fori* no tienen exacta equivalencia en la ley extranjera competente, cuya aplicación vendría a quedar así excluída, contra lo que la propia norma de Derecho internacional privado del juez quiso y sin una razón verdaderamente fundamental que lo justifique.

Los partidarios de la *lex fori* añaden otro argumento que juzgan decisivo: la remisión a una ley extranjera supone la previa identificación de la ley competente, y esta identificación no es realizable si no se califica antes la relación jurídica que ha de serle sometida, función previa que solamente la *lex fori* puede llevar a cabo. Dos supuestos considera, a este propósito, Bartin: 1) que la diferencia de calificación se produzca entre la *lex fori* y una ley extranjera; 2) que surja entre dos leyes

extranjeras, y la ley del juez esté desinteresada, al menos en apariencia.

La solución que da en ambas hipótesis es la misma: procederá acudir a la *lex fori,* aunque sea ajena a la controversia e incluso cuando su solución, en el segundo de los supuestos, no coincida con ninguna de las leyes extranjeras directamente interesadas en el caso.

Para ilustrar esta tesis, cita diversos ejemplos, entre ellos el de un holandés que hubiere otorgado testamento ológrafo en el extranjero y acerca de cuya validez se promueve litigio ante los tribunales franceses. El Código holandés de 1829 prohibe a sus nacionales el testamento ológrafo, no ya sólo en Holanda sino en el extranjero y aun cuando la ley del lugar lo permita. Incluye, pues, semejante prohibición en el estatuto personal, inseparable del sujeto. El Código francés, por el contrario, autoriza el testamento ológrafo y lo considera cuestión de forma. Según prevalezca uno u otro sistema, el testamento será nulo o válido.

El conflicto de calificaciones puede producirse en el ejemplo citado, entre la legislación holandesa y la francesa, si el testamento fué hecho en Francia, o entre la legislación holandesa y la de un tercer Estado que permita el testamento ológrafo y donde lo hubiera otorgado el holandés. El juez francés aplicará tanto en uno como en otro caso, conforme a esta teoría, las calificaciones de la ley francesa si no se quiere caer en un círculo vicioso al decidir si nos hallamos ante una cuestión de fondo o de forma.

No existe, en verdad, semejante círculo vicioso. El testamento será válido en Francia, por la sencilla razón de que allí se permite, a nacionales y extranjeros, la forma ológrafa. Será, en cambio, nulo en Holanda, por la norma prohibitiva que

antes se indicó. Ni para el juez francés ni para el holandés representa el caso ningún problema insoluble: el primero declararía la validez y el segundo la nulidad. A quien sí se plantea el problema es al propio testador antes de decidirse a usar la forma ológrafa, a sabiendas de que su ley se lo veda. Una prudente previsión deberá aconsejarle, según advertimos al hablar de la regla *locus regit actum*, no emplear una forma condenada de antemano a nulidad en su nación de origen, y verosimilmente en todas las demás donde el testamento ológrafo no sea admitido.

La contemplación de casos evidentemente no sujetos a las calificaciones de la *lex fori*, indujo a Bartin a admitir ciertas excepciones a su doctrina, al tiempo de su primitiva formulación a fines del pasado siglo. En su libro de 1930, convierte algunas de aquellas excepciones en simples reservas derivadas del principio mismo de su doctrina, y acepta ya una sola excepción: la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, sujeta a la ley del lugar de situación de la cosa.

Obsérvese que la clasificación de bienes es una de las pocas materias que se prestan a conflictos de calificación, y precisamente ahí es donde los partidarios de la *lex fori* reconocen la competencia de otra ley, la *lex rei sitae*, y prescinden en este caso de la ley del juez.

Arminjon y Niboyet sostienen el mismo criterio de Bartin, abiertamente en pro de la *lex fori* pero no admiten la excepción a favor de la *lex rei sitae*. Consideran que, una vez sentada la regla, no hay motivo para agregarla excepciones. Son más lógicos con el criterio de que parten; pero, la consecuencia inadmisible a que su razonamiento les conduce, prueba el error de la teoría que patrocinan, pues van contra un principio: el de

competencia de la *lex rei sitae* en materia de bienes, que tiene universal consagración.

Según Diena, la teoría de las calificaciones origina inútiles complicaciones, sin aportar luego serios e importantes efectos en la aplicación de la norma de Derecho internacional privado. Los casos en que pueden producirse verdaderos y propios conflictos de calificación entre Estados son rarísimos, y muchos de los que Bartin considera como tales, no lo son en realidad.

No toda diversidad legislativa entre dos Estados respecto a un determinado derecho envuelve necesariamente un conflicto de calificación. Si otra cosa fuera, terminaría por perder su eficacia la norma de Derecho internacional privado, cuyo supuesto previo consiste en la diversidad de las normas de Derecho interno vigentes en los distintos Estados. Si dos legislaciones consideran, por ejemplo, a un mismo individuo, mayor de edad la una y menor la otra, o varían al estimarlo hijo legítimo o ilegítimo, no se tiene un conflicto que merezca designarse con el nombre especial de conflicto de calificaciones, sino uno de tantos conflictos legislativos a cuya resolución son precisamente llamadas las normas de Derecho internacional privado.

En muchos casos—concluye Diena—la divergencia no es de carácter legislativo sino simplemente doctrinal. Y si la oposición de calificaciones es algunas veces real y absoluta, el magistrado deberá atenerse por necesidad a la *lex fori,* sencillamente en virtud de las normas de Derecho internacional privado que atribuyen carácter de territorialidad a toda disposición de esta ley atinente al Derecho público o al orden público.

Frankenstein rechaza la aplicación de la *lex fori* en materia

de calificaciones y afirma que semejante sistema equivaldría a declarar en quiebra al Derecho internacional privado.

Trata esta materia conforme a su teoría general, ya conocida, según la cual toda legislación contiene una norma implícita y necesaria de remisión a la *lex patriae,* para la regulación de todas las relaciones referentes a las personas y otra norma de remisión, también necesaria aunque no tan absoluta como la anterior, a la *lex rei sitae* en materia de cosas, con facultad, tanto en una como en otra, para delegar en una tercera, más allá de la cual no caben ya sucesivas remisiones.

Consecuente con este criterio, somete las calificaciones en materia de personas a la *lex patriae,* y en materia de cosas a la *lex rei sitae,* por corresponderles en virtud de la remisión primaria; o, secundariamente y por delegación, a la tercera ley que una de aquellas, competentes por sí, designen.

Rabel coloca el problema de las calificaciones en un plano internacional, y lo estudia a la luz de una original argumentación. "La norma de conflicto—dice—no se refiere a un fenómeno de la *lex fori,* al cual son luego equiparados fenómenos de Derecho extranjeros, sino que desde el principio se refiere a lo que estos fenómenos jurídicos tienen de común".

En otras palabras: la norma de Derecho internacional privado, a diferencia de las normas de Derecho material en cada legislación, no se refiere a fenómenos exclusivamente dependientes de la ley del juez, sino a fenómenos jurídicos en totalidad o en parte extranjeros. No es por tanto lógico que las calificaciones se realicen con el criterio particular de la *lex fori,* sino que deben abarcar lo que estos fenómenos jurídicos tienen de común, por exceder de la órbita puramente interna y requerir un tratamiento especial.

Para el logro de esta finalidad Rabel propone un método comparativo de los distintos derechos, como medio de hallar la calificación unitaria y universal que pueda hacerse valer frente a toda legislación en materia de Derecho internacional privado; y propugna la elaboración de conceptos jurídicos propios y específicos de esta ciencia que revistan un carácter verdaderamente internacional.

Doctrina muy semejante a la de Rabel patrocina Lea Meriggi, con su teoría de las calificaciones-tipos.

La norma de conflicto ha sido creada "no para una legislación, sino para todas las legislaciones". De aquí que, la interpretación de esa norma y la calificación del fenómeno jurídico a que ha de ser aplicada, deba de hacerse "no según la *lex fori* ni según la ley extranjera, sino según los conceptos de la norma de conflicto, esto es, según el Derecho internacional".

La calificación-tipo no es sino la síntesis de las calificaciones contenidas en los distintos ordenamientos legislativos, obtenida a través de un proceso de comparación que nos da la concepción universal jurídica acerca de un determinado hecho o relación, en cuanto tiene de esencial y de común.

Dos categorías de calificaciones-tipos formula Lea Meriggi: a) la personal, en que domina el estatuto de la persona; b) la territorial, en que prevalece el estatuto territorial.

Sentadas estas premisas, establece un orden jerárquico entre las calificaciones-tipos, conforme al cual, la personal precede a la territorial, y, dentro de cada una de estas dos grandes categorías, se sigue, a su vez, una gradación de preferencia que escalona con el siguiente criterio:

A) Calificación-tipo personal: 1) estado y capacidad; 2)

relaciones familiares típicamente personales; 3) relaciones sucesorias de contenido patrimonial; 4) donaciones.

B) Calificación-tipo territorial: 1) *lex fori;* 2) *lex loci actus;* 3) *lex rei sitae.*

El catedrático de esta Facultad Federico de Castro, en un interesante estudio que publicó la Revista de Derecho Privado (1933), examina las soluciones posibles en materia de calificación, sobre la base de que el criterio no ha de buscarse necesariamente en una sola ley, ya sea la extranjera, ya la del juez. Cabe pensar en la posibilidad de que la propia norma de colisión califique o establezca un orden de preferencia entre aquellas legislaciones con las que la relación jurídica o alguno de los elementos que la integran tienen puntos de conexión.

Desarrolla conforme a estos principios su sistema y trata sucesivamente de aquellos casos en que el punto de conexión (la nacionalidad, por ejemplo) es único, y aquellos otros donde concurren puntos de conexión diversos (capacidad, situación de la cosa, lugar de celebración del acto) en una misma relación jurídica, por los elementos que la integran, y precisa entonces señalar el respectivo ámbito de vigencia.

El problema de las calificaciones tiene, a mi juicio, dos momentos diversos, que han sido acertadamente vistos por algunos autores, como Fedozzi y Morelli en recientes publicaciones: la calificación necesaria para interpretar la norma de Derecho internacional privado, y la calificación precisa para determinar concretamente la norma de Derecho material extranjero aplicable al caso.

Después de haber acertado en el planteamiento de la cuestión yerran, a mi entender, estos autores en la solución que

dan al problema, al someter la primera de estas calificaciones a la *lex fori,* y la segunda a la ley extranjera declarada aplicable por la norma de Derecho internacional privado.

Eluden con esta fórmula uno de los graves reparos a que se presta la doctrina de la *lex fori* por desconocerse o contrariarse con ella las calificaciones específicas de la ley extranjera, ya que admiten la aplicación de esta última ley para la concreta fijación de la norma de Derecho material extranjero aplicable al caso, y limitan la competencia de la *lex fori* al problema de interpretación de la norma de Derecho internacional privado, para saber a qué ordenamiento legislativo precisa acudir en busca de las calificaciones y de las normas que directamente han de regir el hecho o relación.

Mas, si salvan esta objeción, les cae de lleno otra, muy fundamental, que suscita la teoría de la *lex fori,* y es la improcedencia de aplicar a las normas de conflicto y a los casos de Derecho internacional privado, complejos por naturaleza, las calificaciones que la ley del juez ha establecido para hechos y relaciones de carácter puramente interno, que no contienen ningún elemento extranjero ni se hallan en contacto con ninguna otra legislación.

Las normas de Derecho internacional privado son categorías abstractas en las que, con enunciados genéricos y comprensivos, se abarcan núcleos extensos de relaciones jurídicas, bajo denominaciones amplias, que deliberadamente huyen de toda concreción y detalle: estado, capacidad personal, relaciones de familia, sucesiones, forma de los actos y contratos.

La concepción jurídica de lo que a cada una de estas categorías corresponda es, en lo fundamental, común a todos los pueblos civilizados.

Si las normas de Derecho internacional privado hubieran de ser rígidamente interpretadas con arreglo a las calificaciones de la *lex fori,* no cabría, por ejemplo, encuadrar dentro de la norma de Derecho internacional privado relativa a sucesiones, en una legislación como la nuestra que no admite el pacto sucesorio, un pacto entre extranjeros cuya ley nacional lo permita: consecuencia inadmisible al no tratarse, como no se trata, de materia sujeta a las prohibiciones del orden público internacional, que en este caso no tiene por qué intervenir.

Las normas de Derecho internacional privado deben ser interpretadas con un criterio amplio, y no con la estrechez de calificaciones de la *lex fori,* incapaces de abarcar la múltiple y compleja variedad de los casos potencialmente contemplados por aquellas normas, que miran a fenómenos jurídicos y a ordenamientos legislativos muy diversos. La deliberada generalidad sintética de sus enunciados facilita el que, en torno al núcleo fundamental de materias propio de cada norma—capacidad, familia, sucesiones, actos—se polaricen y encuadren, por definición o por aproximación, a medida que la realidad los haga surgir, cuantos fenómenos y relaciones les sean afines, correspondan o no a las estrictas calificaciones específicas de la *lex fori.*

En caso de duda acerca de la norma de Derecho internacional privado a elegir, considero aceptable la escala jerárquica de Lea Meriggi, salvo en lo relativo a la calificación-tipo territorial, dentro de la cual concedo preferencia a la *lex rei sitae* sobre la *lex fori* y la *lex loci actus.*

Queda así resuelto el primer problema que suscita la calificación del fenómeno jurídico: el señalamiento de la norma de

Derecho internacional privado en que, propiamente o por analogía, tenga mejor encaje. La llamaremos *calificación de la norma de Derecho internacional privado,* porque con criterio y alcance internacional, a la manera que acabo de exponer debe, a mi juicio, ser enfocada.

Esta calificación es puramente formal y genérica. No indica la norma material y concreta aplicable al caso, porque su misión no estriba en regularlo de una manera directa; se limita a remitir en bloque al ordenamiento legislativo competente, sin entrar en detalles reservados a la ley que ha de regir el hecho o relación.

Viene seguidamente el segundo problema, o sea esta regulación directa del fenómeno jurídico por el ordenamiento legislativo a que remitió la norma de Derecho internacional privado, y entonces surge la necesidad de la que denominaremos *calificación del Derecho material interno,* que corresponde a la legislación extranjera declarada competente para regular con disposiciones directas el hecho o relación de índole internacional privada. A este Derecho compete decidir si la materia es civil o mercantil, la institución en que ha de clasificarse, el código, ley o reglamento que se ha de consultar, los artículos concretos que le cuadran. En una palabra: la calificación sustantiva del caso y el señalamiento específico de las disposiciones legales aplicables. Materia toda ella íntimamente ligada al sistema legislativo de que dependen las normas de Derecho material, y que debe ser enjuiciado con idéntico criterio y la misma técnica jurídica, así en las calificaciones como en la regulación.

La diversidad legislativa, doctrinal y jurisprudencial entre los distintos Estados, puede alcanzar y de hecho alcanza a la clasificación de un fenómeno jurídico en el campo del Derecho privado o del Derecho público. El caso es tanto más posible cuanto que la línea divisoria entre uno y otro no aparece claramente definida y cambia históricamente, unas veces, por obra de la doctrina y de la jurisprudencia, y otras, por reformas del propio legislador, cuando hace pasar una determinada materia del Derecho privado al Derecho público o viceversa.

Las llamadas zonas grises, con las que se designan aquellas relaciones que fluctúan entre los dos campos y participan de los caracteres de ambos, abundan en el Derecho contemporáneo y vienen a añadir una complicación más al problema de las calificaciones.

Dejando aparte esta última cuestión, que requiere un examen caso por caso, y limitándonos a aquellos otros cuya naturaleza privada o pública no ofrezca duda en ninguno de los ordenamientos legislativos, la disparidad de calificaciones puede ser resuelta con un criterio sencillo y preciso. Basta con excluir la ley extranjera y aplicar la *lex fori* siempre que, ya en una ya en otra, la relación jurídica de que se trate sea de carácter público: si lo es según la ley extranjera, porque el juez no puede reconocer validez en su territorio a una norma de Derecho público dictada por ajeno legislador; si lo tiene según la *lex fori*, porque su vigencia es entonces obligatoria frente a todos, nacionales y extranjeros, dentro de los confines del Estado. El resultado es, en ambos supuestos, el mismo: la ley extranjera queda excluída y la *lex fori* recobra todo su vigor.

Algunos tratados y leyes contienen fórmulas jurídicas de calificación. El proyecto elaborado por la Conferencia de La Haya de 1904 calificaba el derecho del Estado a heredar, a falta de herederos legítimos o testamentarios, como un derecho de soberanía y no como un derecho de sucesión; lo que implicaba que la herencia correspondía al Estado donde radican los bienes, no al Estado del que fuera súbdito el causante.

El proyecto de 1928 precisó todavía más este sistema, aun cuando otra cosa parecieran apuntar sus primeras frases: "Los bienes hereditarios no son adquiridos por el Estado del territorio en que se encuentran sino en el caso de que no haya ningún derecho-habiente testamentario o *abstracción hecha del Estado cuya ley es aplicable a la sucesión,* ningún sucesor *ab intestato*". Esto es: todos los derecho-habientes legítimos y testamentarios pueden heredar, menos el Estado cuya ley rige la sucesión.

Entendido según esta norma el derecho del Estado a recoger los bienes como un derecho de soberanía, corresponde al Derecho público, y es natural que no se admita sucesión a favor del Estado extranjero en concepto de heredero y a título privado.

El protocolo relativo a compromiso arbitral en materia mercantil o en cualquier otra susceptible de este procedimiento de solución, estipulado en Ginebra el 1923, establece que cada Estado contratante se reserva la libertad de restringir la aplicación de este acuerdo a los "contratos que son considerados como mercantiles por su Derecho nacional".

La Conferencia de Derecho internacional privado reunida en La Haya el 1925, en su proyecto sobre la quiebra, abordó el problema de las calificaciones para determinar la condición

de comerciante, y lo resolvió de una manera simplista, remitiendo su solución a la *lex fori*. El propio Niboyet, no obstante ser, en principio, partidario de la *lex fori* en materia de calificaciones, estima insuficiente la fórmula y hubiese preferido una calificación expresa, no simplemente remitida.

Igual reparo suscita el Código Bustamante, al disponer (art. 6) que: "en todos los casos no previstos en el presente Código cada uno de los Estados contrayentes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3". (Leyes personales, leyes territoriales, leyes voluntarias).

Disposiciones especiales en materia de calificación contienen los convenios sobre sucesiones entre Alemania y Rusia de 1925, y entre Alemania y Turquía, de 1930, con la particularidad en este último de que se hace expresa distinción entre bienes muebles e inmuebles.

La ley francesa de 1921 dispuso que los conflictos entre las leyes de Alsacia y Lorena y las leyes extranjeras "son regidas por el artículo 3 del Código civil y por el sistema general de Derecho internacional privado admitido en Francia".

Niboyet y Arminjon interpretan esta regla en el sentido de que alcanza igualmente a las calificaciones, "por formar éstas parte— dice Arminjon— del sistema general de Derecho internacional privado admitido en Francia".

La conclusión es exacta, pero contradice el principio sustentado por el propio Arminjon en materia de calificaciones cuando, en apoyo de su tesis favorable a la *lex fori*, afirma que las reglas de calificación son ajenas al Derecho internacional privado y tiene por objeto "definir y clasificar los sujetos de

derecho, los bienes, los actos, las relaciones de Derecho que constituyen la materia de las instituciones y de las leyes de cada sistema jurídico". Todas estas definiciones, clasificaciones e instituciones jurídicas no cabría, según tales premisas, buscarlas en las normas de Derecho internacional privado del Código civil francés, únicas allí vigentes y que, según la teoría general del propio autor, son ajenas al problema de las calificaciones; ni procedería tampoco consultarlas en las normas materiales del Código civil francés, mientras fueran inaplicables en aquellas dos provincias por disposición expresa del legislador. Sería, lógicamente, preciso buscarlas en las leyes e instituciones civiles de Alsacia y Lorena, tan *lex fori* como el Código civil en tanto el legislador las mantuviera vigentes.

La solución de encomendar, a pesar de todo esto, las calificaciones al "sistema de Derecho internacional privado admitido en Francia", desconectado del Derecho material y de las instituciones vigentes en aquellas provincias, equivale a reconocer a las normas de Derecho internacional privado una sustantividad propia en materia de calificaciones, que no aparece justificado otorgar en este caso y negar en los demás.

En Inglaterra, existe la práctica de añadir a cada ley la definición de los términos jurídicos usados en su texto, lo que facilita la calificación que hemos llamado de Derecho material interno, cuando proceda aplicar este Derecho en virtud de la norma de Derecho internacional privado.

La ley polaca de 1926 dispone en su artículo 37: "cuando la presente ley reconoce, como competente, el Derecho de un Estado en el cual coexisten varios Códigos civiles, el Derecho interno del mismo Estado decide cuál de los Códigos, en un caso determinado, deberá aplicarse".

Lección 17

II. — *Designación de la ley aplicable.* Teoría del reenvío. Variedad legislativa en las normas de Derecho internacional privado. Conflictos positivos y negativos. El reenvío de retorno y el reenvío a una tercera ley. La teoría del reenvío en la jurisprudencia extranjera y española. El reenvío en las legislaciones y en los convenios. Criterios doctrinales acerca del reenvío. Teoría del desistimiento. Teoría de la remisión integral. Teoría de la competencia exclusiva de la ley nacional. Crítica de conjunto de la teoría del reenvío. El reenvío en su aspecto legislativo y en el convencional.

Las normas de Derecho internacional privado dictadas por las legislaciones nacionales solucionan con criterios no siempre coincidentes, los problemas que suscita la aplicación de las leyes en el espacio. Unas legislaciones regulan la capacidad y las relaciones familiares por la ley nacional; otras, por la ley del domicilio. Unas fraccionan la sucesión entre leyes diversas, según se trate de bienes muebles o inmuebles y según el lugar de situación de estos últimos; otras, siguen un sistema de unidad a base de la ley nacional del causante.

Ningún problema surge cuando la norma de Derecho internacional privado es idéntica en la ley del juez y en la ley extranjera declarada aplicable por la *lex fori*. La cuestión aparece cuando las dos normas de Derecho internacional privado son diversas. El conflicto puede entonces ser positivo o negativo. Positivo, si las dos legislaciones se atribuyen competencia para regir el caso; negativo, si ninguna de ellas atrae

a sí su regulación. Conflicto positivo sería el suscitado entre la ley nacional y la del domicilio, si un español estuviese domiciliado en Dinamarca: la ley española y la danesa reclamarían su competencia para regirla. Conflicto negativo sería el producido en el supuesto inverso, de un danés domiciliado en España: la ley española consideraría aplicable la ley nacional, esto es, la ley danesa, y la danesa atribuiría competencia a la del domicilio, o sea, en el ejemplo propuesto, la española.

El sistema del reenvío tuvo su origen y trata de hallar su justificación en el caso de conflicto negativo, cuando las dos legislaciones interesadas en una relación jurídica declinan su directa regulación, sin que en ninguna norma de fuente internacional pueda hallarse una solución superior uniforme.

Situada la cuestión en uno de los Estados a cuya legislación afecta, inhibido de entender en el caso su Derecho interior y señalada por su norma de Derecho internacional privado la ley extranjera a que procede acudir, el problema consiste en determinar qué norma de esta última ley ha de ser aplicada, si la de Derecho material o la de Derecho internacional privado. Si lo primero, bastará recurrir al Derecho interno extranjero y aplicar sus reglas sustantivas civiles, mercantiles o de la especialidad que el caso requiera. Si lo segundo, habrá de consultarse la norma de Derecho internacional privado de aquella legislación; y, como ésta es diversa a la del juez que la declaró aplicable, no solucionará el caso a favor de su propia competencia, sino que remitirá, a su vez, a la ley de otro Estado. De aquí arranca el sistema del reenvío.

El reenvío implica, pues, tres supuestos: 1) diversidad en las normas de Derecho internacional privado; 2) consulta a la norma de Derecho internacional privado extranjera; 3) remi-

sión de esta norma a otra ley. La remisión puede ser a la propia ley del juez, en cuyo caso es reenvío de retorno (*Rückverweisung,* en la terminología jurídica alemana; *renvoi au premier degré,* en la francesa; *remittal,* en la inglesa; *rinvio indietro,* en la italiana), o a una tercera ley (*Weiterverweisung, renvoi au second degré, transmission, rinvio altrove*).

Esbozado ya el concepto del reenvío, procede ahora decir que su origen no estuvo en la doctrina. Tampoco hay que buscarlo en la ley, aun cuando la publicación de los modernos Códigos con normas de Derecho internacional privado no uniformes preparase su aparición. El reenvío, bajo la primera de sus formas, como reenvío de retorno, surgió en la jurisprudencia por motivos de orden práctico, ya que al juez le era más sencillo aplicar su propia ley, que no la extranjera a que su norma de Derecho internacional privado le remitía.

Famoso es en la historia jurisprudencial del reenvío el caso Forgo. Bávaro de origen, Forgo fué a los tres años de edad trasladado a Pau, donde vivió hasta su muerte, sesenta años más tarde, en el pasado siglo. Era hijo ilegítimo, y no dejó al morir mujer ni descendientes. Su herencia, compuesta únicamente de bienes muebles, fué reclamada por el Estado francés y por unos parientes colaterales de la línea materna.

El Estado francés se apoyaba en el artículo 768 del Código Napoleón, según el cual, a falta de descendientes y de cónyuge supérstites, la sucesión de los hijos ilegítimos corresponde al Estado. Los parientes invocaban la norma de Derecho internacional privado francés, que somete la herencia de bienes muebles a la ley del domicilio. Forgo lo conservó hasta su muerte en Baviera, no obstante su residencia de hecho en Francia.

Procedía, pues, según ellos, aplicar la ley bávara, en la que se reconocía a los parientes colaterales el derecho a heredar.

Ganado el pleito por el Estado en primera instancia, el Tribunal de Apelación de Burdeos falló a favor de los parientes. El Estado entonces, al interponer recurso de casación, alegó la doctrina del reenvío. Después de aceptar que la norma de Derecho internacional privado remitía a la ley del domicilio y que el domicilio lo conservaba el *de cujus* en Baviera, los abogados del Estado sostuvieron la tesis de que la ley bávara reenviaba para la sucesión de bienes muebles a la ley del lugar donde el causante tuviera al morir su residencia de hecho. Por esta tesis que, finalmente, prevaleció en el pleito, el Tribunal de Casación francés vino a admitir la doctrina del reenvío, consagrada luego en aquella nación por una larga jurisprudencia, solamente bajo la forma de reenvío de retorno y con alguna rara sentencia en contra.

La jurisprudencia alemana, que hasta 1900 se había manifestado en general contra el reenvío, a partir de esa fecha hubo de aplicar, conforme al nuevo Código civil, el reenvío de retorno, admitido por el artículo 27 en cuanto a las personas, la familia y las sucesiones. El cambio de orientación operado en los tribunales alemanes no se limitó, sin embargo, a estas materias, sino que aceptó ya el reenvío con carácter general.

Menos definida es la posición de la jurisprudencia inglesa. Aunque favorable en principio al reenvío, no están los autores conformes en precisar si lo admite con carácter general y definitivo. En todo caso, cuenta con un eficaz panegirista en Dicey. Su criterio doctrinal decidió a favor del reenvío al Tribunal Supremo inglés, en su sentencia de 14 de noviembre de 1929. La jurisprudencia norteamericana—como veremos al

hablar del *Restatement*—es, en principio, contraria al reenvío, salvo dos excepciones, que luego se citarán.

La actitud más resueltamente adversa a este sistema corresponde a la jurisprudencia italiana.

En España fué dictada una sentencia por el Juzgado del Hospital, de Barcelona, fecha 3 de agosto de 1900, en la que se aplicó el reenvío, de conformidad con el dictamen del profesor Trías y Giró, a la sucesión de un escocés, súbdito británico, domiciliado en Barcelona.

La Audiencia de Granada, en cambio, se pronunció contra la admisión del reenvío, en su sentencia de 7 de febrero de 1925, relativa al famoso asunto de la herencia de Larios, por considerar que esta teoría "sólo en contadísimos casos ha sido reconocida y aceptada, pues realmente no ha adquirido un estado de derecho, al cual se sometan ni sujeten las naciones en sus respectivas legislaciones". Esta afirmación tuvo, por lo demás, un carácter incidental en la sentencia, ya que el fallo se fundó en otra causa (la nacionalidad española de Larios, en relación con el párrafo segundo del artículo 10 del Código civil) y el Tribunal Supremo, en su sentencia de 10 de febrero de 1926, casó la de Granada por el mismo motivo, sin entrar a examinar—por estimarlo innecesario, aunque habría sido interesante—la cuestión del reenvío.

La ley húngara de 1894 aplicó ya el reenvío, bajo sus dos formas, de retorno y a una tercera ley, en materia de validez del matrimonio. Pero fué la legislación alemana la que al pronunciarse—desgraciadamente, según frase de Lewald—por la admisión del reenvío, vino a fomentarlo más en nuestro continente.

La gestación del artículo 27, a que antes hice referencia, fué muy accidentada. El anteproyecto de Gebhard lo desechó en cuanto principio, aceptando tan sólo excepcionalmente su aplicación en determinados casos. La primera comisión lo repudió rotundamente; la segunda lo admitió nada más que en dos materias concretas. Al votarse el Código prevaleció, en definitiva, el anteproyecto, y fué admitido el reenvío de retorno a la ley alemana en materias de capacidad, matrimonio, divorcio y sucesiones.

Las vacilaciones mostradas al redactarse este artículo y la índole limitativa de las materias a que se contrae, indican bien claramente que la admisión del sistema no tuvo carácter de principio, sino de excepción, concretada a las relaciones que de modo expreso enumera el texto del artículo. Todavía más, si se recuerda el criterio adverso al reenvío, dominante en la jurisprudencia anterior al Código. Por ello tiene menos justificación lógica la interpretación extensiva que, a partir de su promulgación y con referencia a toda clase de materias, comprendidas o no en el artículo 27, le ha dado la jurisprudencia alemana, en la que, sin embargo, apuntan ya algunas sentencias contrarias al reenvío. A este correctivo de la desviación precedente ha contribuído, sin duda, la doctrina de aquellos autores que, como Kahn, Zitelmann, Gutzwiller y Lewald, dan al artículo 27 la interpretación restrictiva que, en verdad, le corresponde.

La ley japonesa de 1898, en ésta como en la mayoría de sus disposiciones, sigue la pauta del Código alemán. La ley sueca de 1904, al regular determinadas relaciones jurídicas internacionales relativas a matrimonio y tutela, establece que cuando la ley nacional competente admite la aplicación de otra ley

en materia de capacidad para contraer matrimonio, esta última ley *puede* ser aplicada. La ley polaca de 1926 dispone que, "si la ley nacional extranjera declarada competente por estas normas (capacidad, familia, sucesiones) prescribe que una relación jurídica sea regulada por otra ley, esta otra ley *debe* ser aplicada en Polonia" (art. 36). Obsérvese el carácter facultativo que la ley sueca, a diferencia de la polaca, atribuye a la aplicación del reenvío. Por lo demás, tanto una como otra aceptan el reenvío de retorno y el referente a una tercera ley.

El Código civil italiano de 1942 prohibe el reenvío de modo expreso y total: "Cuando, según los artículos precedentes, deba ser aplicada una ley extranjera, se aplicarán las disposiciones de dicha ley, sin tener en cuenta el reenvío que ésta pueda hacer a cualesquiera otra ley" (art. 30).

El *Restatement* norteamericano, en su artículo 7.°, establece que "cuando la ley del juez prevé la aplicación de la ley de otro Estado a una determinada relación, la ley extranjera aplicable es la que concierne al caso concreto previsto y no la regla de conflicto de leyes del Estado extranjero, pues el único Derecho internacional privado a que se puede recurrir para juzgar el caso es el de la *lex fori*".

Dos excepciones, sin embargo, admite el *Restatement* (artículo 8.°) a la regla anterior: 1) "cuando se trata de un derecho real de propiedad inmobiliaria, se aplica la ley del lugar de la situación, *comprendidas sus reglas de conflicto*" (extraña aplicación del reenvío a la *lex rei sitae*, doblemente singular en una legislación eminentemente territorialista), y 2) "cuando se trata de la validez de un divorcio, se aplica la ley del domicilio de las partes, *comprendidas las reglas de conflicto*

de este Estado." Lo que quiere decir que en estos dos casos, excepcionalmente, se admite el reenvío.

Los convenios de Derecho internacional privado de La Haya siguieron el sistema de dar normas superiores de solución, sin mencionar las reglas de Derecho internacional privado nacionales ni, dentro de ellas, aceptar el reenvío. Una lamentable excepción, no obstante, ha de señalarse: la del convenio de 1902, relativo al matrimonio, cuyo artículo primero establece que "el derecho de contraer matrimonio es regido por la ley de cada uno de los futuros esposos, *a menos que una disposición de esta ley no se refiera expresamente a otra ley.*"

El motivo determinante de la frase final que antecede no fué otro sino procurar una transacción con Suiza, y facilitar la posible adhesión de Dinamarca y de Noruega, que luego no se produjo. El mismo intento de conciliación con los Estados partidarios de la ley del domicilio, especialmente con Inglaterra, motivó la admisión del reenvío en las Conferencias de La Haya de 1910 y 1912, sobre unificación del Derecho de los efectos de comercio, y en el convenio de Ginebra de 1930 destinado a regular ciertos conflictos de leyes en materia de letra de cambio. A igual propósito respondió la propuesta de Niboyet al Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Oslo de 1932, favorable a la adopción del reenvío en materia de capacidad personal, no obstante la severa crítica que de este sistema había hecho, cuatro años antes, en su Manual de Derecho internacional privado.

La existencia de normas legislativas o convencionales, en las que de modo expreso y con limitación a ciertas materias se admite el reenvío es, en todo caso, prueba patente de que tales normas constituyen una excepción, de donde se sigue la improceden-

cia de aplicarlo cuando expresamente no lo disponga una ley o un tratado, ni extenderlo, por analogía, a materias no contempladas por las normas positivas que lo admitan.

La doctrina, que en Derecho internacional privado, desde sus orígenes, precede a las normas positivas, en materia de reenvío, por el contrario, se ha manifestado *a posteriori,* para justificar o para combatir la introducción de este sistema en la jurisprudencia, en la ley o en el convenio.

Escaso es el sector doctrinal que ha intentado buscar razones justificativas del reenvío. Señalaremos las de mayor relieve.

La teoría del desistimiento, patrocinada principalmente por De Bar y por Westlake, funda la no aplicación del Derecho sustantivo extranjero, en el motivo de que aquella legislación, por sus normas de Derecho internacional privado se desinteresa de regular el caso. Tal ocurre, por ejemplo, con la ley llamada a regir la capacidad de un inglés domiciliado en España. Nuestra norma de Derecho internacional privado declara aplicable la ley nacional, en dicho ejemplo, la ley inglesa. La norma de Derecho internacional privado inglesa, por el contrario, no aplica a la capacidad de las personas la ley nacional; se desinteresa de regir la capacidad del súbdito inglés con su propia ley, desiste de aplicar su Derecho interno, no obstante la remisión expresa que a él hace la norma de Derecho internacional privado española.

Los mantenedores de esta doctrina sostienen que no cabe atribuir competencia a una legislación extranjera que renuncia a regir una relación y la somete a otra ley. El respeto a la so-

beranía extranjera—dice De Bar—debe impedir al juez aplicar una ley que no quiere ser aplicada.

La aplicación de la *lex fori* no se hace entonces propiamente por un reenvío de la ley extranjera, sino por necesidad. Ni más ni menos que habría que aplicarla a un individuo sin patria, ya que su ley nacional rehusa ser aplicada. El efecto práctico es análogo al del reenvío, pero su motivación y su mecanismo son diversos. La ley inglesa—escribe Westlake—no reenvía; lo que hace es desinteresarse.

En el fondo de esta doctrina, late el principio de la *comitas*. El Derecho extranjero—enseña Kahn—no es aplicable tan sólo en cuanto quiera recibir aplicación. Lo es por voluntad del legislador reclamante, y con independencia de que quiera o no ser aplicado.

No se viola tampoco la soberanía extranjera por aplicar su Derecho sustantivo. A falta de normas superiores que todos acaten, cada legislador regula los problemas de Derecho internacional privado dentro del ámbito a que su soberanía alcance, y ningún otro Estado resulta agraviado porque no se admita el pretendido desistimiento de su norma de Derecho internacional privado, cuya vigencia no puede trascender a la esfera propia de la ley del juez.

La teoría de la remisión integral (*Gesamtverweisung*) busca otra explicación justificativa del reenvío. Para esta teoría (sostenida entre otros por Enneccerus, Dicey, Schnell y Keidel) la remisión de la norma de Derecho internacional privado a una determinada legislación extranjera, abarca esta legislación en su totalidad, comprendidas sus reglas de Derecho internacional privado. El Derecho extranjero aplicable constituye

un todo indivisible, del que estas reglas forman parte, y no cabe escindirlo.

El juez llamado a decidir debe proceder como lo haría en su caso el juez extranjero cuya ley ha de aplicar. Este juez acudiría en primer término a la norma de Derecho internacional privado, contenida en su legislación. Igual debe hacer el juez ante quien la cuestión se promueve: consultar y aplicar la norma de conflicto de leyes vigente en la legislación extranjera, a la que el juez de aquel Estado se habría atenido en su decisión.

Lo que no explica satisfactoriamente esta teoría es por qué la remisión integral ha de regir para la ley del juez y no para la ley extranjera. En otras palabras: por qué una vez admitida la doctrina ha de aplicarse tan sólo al primer reenvío. Si el juez español, en el ejemplo antes propuesto, ha de consultar la legislación inglesa en su totalidad, incluso las reglas de Derecho internacional privado, ¿por qué el juez inglés no ha de hacer lo propio con la legislación española? La remisión integral de la ley española a la inglesa conduciría entonces a la aplicación de la ley del domicilio, esto es, de la ley española. La remisión integral de la ley inglesa a la ley española llevaría, en cambio, a aplicar la ley nacional, es decir, la ley inglesa.

Produciríanse con ellos tres curiosos fenómenos: 1) las soluciones en España y en Inglaterra serían diversas, contra la pretendida uniformidad que los partidarios del reenvío creen encontrar con ese sistema; 2) el juez español aplicaría la ley española, porque así lo prescribe la norma de Derecho internacional privado inglesa, y el juez inglés aplicaría la ley inglesa, porque así lo establece la norma de Derecho internacional privado española; 3) las remisiones integrales de la ley del juez

a la ley extranjera y de la ley extranjera a la ley del juez podían, alternativamente, sucederse hasta el infinito, ya que el motivo doctrinal alegado lo mismo rige para el primer reenvío que para todos los reenvíos ulteriores.

La remisión al Derecho extranjero es integral en el sentido de que abarca la totalidad de la legislación declarada aplicable, pero solamente en sus normas sustantivas o de Derecho material, no en sus normas de Derecho internacional privado. Ya nos es conocido el precepto de la ley polaca de 1926 para el caso de que tal Derecho sustantivo no sea uniforme: "cuando la presente ley reconoce como competente el Derecho de un Estado en el cual coexisten varios Códigos civiles, el Derecho interno del mismo Estado decide cuál de los Códigos procederá aplicar en un caso concreto" (art. 37).

Análogo criterio de remisión integral deberá adoptarse para decidir si una determinada relación jurídica ha de regirse por el Código civil, por el mercantil o por una ley especial, y para encajarla jurídicamente dentro de las instituciones y conceptos del Derecho extranjero declarado aplicable.

En tal aspecto sí cabe decir que ese Derecho forma un todo indivisible. Las normas de Derecho internacional privado son de distinta naturaleza. Para que formasen cuerpo indivisible con las normas sustantivas sería preciso, como ha puesto de relieve Lewald, que el legislador se redujera a delimitar el imperio de su propia ley. Y aun cuando esta tesis—agrega—se haya sostenido e influyera en el Código civil alemán, no es defendible y se halla en contradicción evidente con la realidad de los hechos, ya que en todas las legislaciones se contienen reglas de conflicto de solución general, por las que se señala la ley extranjera aplicable al no regir la del juez. El artícu-

lo 7.° de la ley de introducción al Código civil alemán, que somete la capacidad de las personas a la ley nacional, no forma cuerpo con la disposición del mismo Código que fija la mayoría de edad a los veintiún años. Las reglas de Derecho internacional privado son enteramente diversas a las del Derecho civil material. No existe entre unas y otras la indivisibilidad que esta teoría pretende atribuirles.

La teoría de la competencia exclusiva de la ley nacional se basa en la doctrina clásica italiana y ha tenido por principal definidor a Fiore.

Corresponde, según esta teoría, al legislador nacional competencia exclusiva para regular el estado y la capacidad de sus nacionales y todo cuanto afecta a su estatuto personal. El ejercicio de esta competencia puede revestir dos formas: o la regulación directa o la remisión a otra ley. "Las reglas legislativas concernientes al Derecho internacional privado, dictadas en virtud de la competencia legislativa personal—escribe Fiore—deben tener la misma autoridad que el estatuto personal, porque son un elemento integrante y complementario del mismo."

A semejanza de los mantenedores de la teoría del desistimiento, Fiore rechaza la idea de que su doctrina se base en el sistema del reenvío. En opinión suya "no ha lugar a reenviar ni a no reenviar, sino simplemente a reconocer que la condición civil de cada uno y los derechos privados que de ella resultan deben ser determinados y regulados según la ley del Estado a que el individuo pertenece. Por consiguiente, cuando el legislador de este Estado formuló disposiciones para indicar la ley reguladora de la condición civil y de los derechos priva-

dos de sus ciudadanos residentes en el extranjero, estas disposiciones deben ser reputadas como un elemento indivisible del estatuto personal y deben ser aplicadas de una manera absoluta por el juez llamado a pronunciarse sobre esta cuestión y sobre sus derechos, salvo el caso en que la ley extranjera atentase al orden público o al Derecho social".

La teoría de Fiore no es sostenible ni aun desde el punto de vista de la escuela clásica italiana, para la que el principio de la ley nacional, evidentemente se refiere a las instituciones de Derecho civil, no a las normas de Derecho internacional privado del Estado a que la persona pertenezca.

Independientemente ya de la escuela italiana, es indudable que cuando un legislador remite a la ley nacional extranjera lo hace, no por homenaje a aquella soberanía, sino por entender que esa ley es la que mejor responde a la naturaleza de las relaciones en que domina el elemento personal, razón que afecta, evidentemente, a las normas sustantivas, reguladoras de las instituciones civiles (mayoría de edad, matrimonio, paternidad, tutela, ausencia, sucesiones), no a las reglas de Derecho internacional privado.

La doctrina de Frankenstein, ya conocida, bajo una traza moderna y una original composición, sigue las líneas generales de la teoría de Fiore. El principio de donde parte, la remisión implícita que toda legislación contiene a la *lex patriae*, está en contradicción con la división de campos entre la ley nacional y la del domicilio, que la realidad legislativa nos ofrece. División en que ninguno de los dos sistemas reconoce al otro primacía, y que no queda salvada con la fórmula universalista de Frankenstein, según la cual procederá aplicar la ley del domicilio cuando a ella remita la ley nacional, porque la ley

del domicilio queda así en plano subordinado, y no es esa la condición que le asignan las legislaciones que la adoptan y anteponen a la ley nacional.

Para abarcar el reenvío en una crítica de conjunto, recordemos que esta teoría nació de la diversidad legislativa en las normas nacionales de Derecho internacional privado. Allí donde una regla convencional, consuetudinaria o doctrinal da una solución uniforme, por ambos Estados aceptada, o donde las normas de Derecho internacional privado de sus legislaciones respectivas son idénticas, el problema del reenvío no puede existir. La cuestión se plantea cuando, en ausencia de norma superior, cada legislador da una solución diversa. Al hacerlo, dicta reglas que vienen a llenar aquel vacío; estas reglas tienen imperativa e inexcusable aplicación dentro del ámbito de su soberanía, porque delimitan la competencia legislativa y porque declaran aplicable la ley que aquel legislador juzgue más adecuada a la naturaleza de cada relación jurídica.

Un autor francés contemporáneo, Arminjon, contrario en principio al reenvío, lo admite, sin embargo, en materia de autonomia de la voluntad. La voluntad de las partes, dentro de los límites que la legislación le fija, puede remitir a otra ley; esta remisión puede referirse lo mismo a sus normas de Derecho internacional privado que a sus normas de Derecho material. "Desde el momento—dice—en que las partes son libres de hacer lo que quieren, les está permitido hacer su voluntad siguiendo este rodeo." El propio Arminjon reconoce que esta facultad parece más bien teórica; pero indirectamente—añado yo—su alegación en materia de autonomía de la

voluntad confirma la inadmisibilidad del reenvío frente a las reglas imperativas de conflicto, vigentes en el Estado del juez.

La doctrina, en su gran mayoría, se pronuncia contra el reenvío, por anticientífico y por antijurídico. En la propia Francia, donde el célebre caso Forgo contribuyó tanto a la difusión de esta teoría, autor de tan cimentado prestigio doctrinal como Pillet alzó enérgicamente su voz contra el sistema y su aplicación en aquel caso con estas inequívocas palabras: "Yo me cuento entre los espíritus atrasados que no aciertan a percibir la belleza de esta doctrina del *renvoi* que la Administración del Registro ha inventado para asegurar al Fisco una herencia disputada." Análoga posición frente al reenvío tiene jurista de tan reconocida autoridad como La Pradelle.

Inventada la doctrina, su aplicación reiterada fué muy tentadora para los jueces de unos y otros Estados, que así venían, en definitiva, a manejar su propia ley, en vez de acudir a enojosos textos legales extranjeros, competentes según la norma de conflicto de la *lex fori*. Por eso el reenvío a una tercera ley (admitido, según dijimos, en alguna legislación) ha interesado poco a la jurisprudencia partidaria del reenvío de retorno. Por eso también los escasos autores que tratan de justificar este sistema han ido a la zaga de su práctica aplicación, y han buscado las razones después de producirse el hecho.

Ninguna de estas razones, según hemos visto sumariamente, da una fundamentación jurídica al reenvío. Tampoco en el orden práctico trae este rodeo precisión, sino incertidumbre, porque la determinación de la ley sustantiva aplicable queda pendiente de lo que en cada caso disponga la norma de conflicto extranjera. Dentro de un mismo Estado regirán entonces

distintos sistemas de Derecho internacional privado, conclusión absurda, que demuestra la improcedencia del principio que la determina.

La única, inconfesable razón creadora del reenvío, fué la disimulada atracción de todos los casos de Derecho internacional privado a la ley del juez, bajo la apariencia de una correcta aplicación de la ley extranjera declarada competente para regirlos por la propia *lex fori*. Todo el sistema de Derecho internacional privado queda así destruído, y sus reglas de conflicto, obligatorias para el juez, escamoteadas e incumplidas por quien las debiera aplicar. Para tal resultado, mucho más sencillo y sincero sería suprimir las reglas de conflicto y declarar en todo caso aplicables las normas sustantivas de la ley del juez.

Una reciente doctrina de Fedozzi distingue entre los argumentos en pro o en contra del reenvío que puedan aducirse frente al juez llamado a interpretar la ley y los argumentos que valgan sólo frente al legislador. Con relación al juez, el hecho de que la teoría del reenvío fuera desconocida durante siglos y apareciese a fines del siglo XIX, como consecuencia de la diversidad de normas de Derecho internacional privado existentes en los Códigos nacionales, prueba que el reenvío no estuvo en la mente de los legisladores que habían dictado tales normas. Tampoco resulta de una interpretación objetiva, que mire al contenido de voluntad existente en la ley prescindiendo de la intención, eventualmente diversa e incluso contraria, que tuviesen los autores de la ley misma, porque no se puede dar a todo un sistema de normas un sentido que esté en antítesis con la naturaleza del propio sistema. El reenvío apli-

cado espontáneamente por el juez constituye una violación de la ley. Con relación al legislador que dicta una norma o a los negociadores que conciertan un tratado, la aceptación del reenvío puede, en cambio, ser una iniciativa útil para la vida jurídica del Estado o para el establecimiento de un acuerdo internacional.

Una verdad indudable contiene esta distinción: algunas de las razones que se aducen contra el reenvío son aplicables tan sólo frente al juez, no frente al legislador. Pero otros reparos fundamentales a que el reenvío se presta—y en ello disentimos de Fedozzi—siguen siendo valederos, desde el punto de vista doctrinal, frente a la ley y al convenio, aun cuando sus normas reciban positiva aplicación mientras estén vigentes.

La remisión de la *lex fori* a una ley extranjera responde a la idea que el legislador del juez se forma de que esa ley (la nacional o la del domicilio para las personas, la *lex rei sitae* para las cosas, etc.) es la más indicada y pertinente. Remitir a una norma de Derecho internacional privado extranjera distinta de la propia, diversa en cada uno de los demás Estados, pendiente de ajenas reformas imprevisibles al dictar el legislador del juez su ley, envuelve una cierta deserción en el cumplimiento de un deber que, a falta de norma superior, le incumbe: señalar el derecho material aplicable a aquellas relaciones de Derecho internacional privado que, por alguno de sus elementos, se encuentra en contacto con otra legislación.

No es, por tanto, ni aun en el terreno de la política legislativa, aconsejable el reenvío. El mismo Código civil italiano, promulgado tres años después de aparecer en 1939 la obra póstuma de Fedozzi a que nos referimos, se pronunció, como hemos visto, abiertamente contra el reenvío. Y otro tanto hacen,

en el campo doctrinal, no ya sólo autores internacionalistas como Diena, sino, desde su peculiar punto de vista, los más recientes autores nacionalistas: Ago, Pacchioni, Bosco y Morelli.

En cuanto a los tratados, tenía razón Lewald al afirmar (años antes de publicarse el libro de Fedozzi) que el sistema del reenvío es, lógicamente, incompatible con la existencia misma de los convenios destinados a dar reglas de solución a los conflictos de leyes, pues la razón de ser de estos convenios es precisamente sustituir con tales reglas, bilateral o colectivamente aceptadas, las reglas de conflicto de los propios Estados contratantes, lo que, rectamente realizado, excluye toda posible aplicación del reenvío.

La adopción del reenvío en un convenio equivale al reconocimiento del fracaso en hallar una norma superior común. Lo mejor en tal caso es el silencio, a no ser que se prefiera la innocua declaración del Código Bustamante: "Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior" (art. 7.°). El pretendido acuerdo consiste --dice un comentarista-- en que todo el mundo está de acuerdo en saber que nadie está de acuerdo.

Lección 18

III.—*Limitaciones a la aplicación de la ley extranjera derivadas del orden público internacional.*—Antecedentes históricos. Jurisprudencia anglosajona. Doctrina de Savigny. Concepto del orden público internacional como excepción al principio de la comunidad de Derecho. Naturaleza del orden público internacional. Su distinción de la *lex rei sitae,* del Derecho público y del orden público interno. Teorías latinas inspiradas en Mancini. La posición nacionalista en esta materia. Teoría alemana de la cláusula de reserva. El orden público internacional en los convenios y en las legislaciones. Derecho español.

La ley extranjera declarada competente por la norma de Derecho internacional privado, puede hallarse en abierta pugna con principios morales, religiosos o jurídicos esenciales para el Estado en cuyo territorio ha de recibir aplicación. Resultarían gravemente atacados, al admitirla, el espíritu de la legislación y los sentimientos dominantes en aquel medio nacional. Una ley que consagre la esclavitud o la muerte civil, no puede tener efectos jurídicos en ninguna nación civilizada. Tampoco lo tendrá—aunque en círculo ya más limitado—la poligamia o el divorcio en aquellos Estados donde rijan el sistema monogámico o la indisolubilidad del vínculo. El remedio para impedir en tales casos la aplicación de la ley extranjera es usualmente conocido bajo la denominación de orden público internacional.

Lainé cree encontrar un antecedente de este concepto en la distinción entre estatutos favorables y odiosos, con que Bártolo y su escuela buscaron la exclusión de aquellos estatutos que

fuesen contrarios al Derecho común o a determinados principios morales y políticos dominantes en cada ciudad.

No corresponde exactamente esta noción estatutaria al concepto de orden público internacional, que supone diversidad de soberanías y contraposición fundamental de concepciones legislativas y morales, en tanto que las ciudades medievales italianas, aun cuando tuvieran estatuto propio, vivían bajo la unidad jurídica y moral del Derecho romano y del Derecho canónico; pero constituye en todo caso aquella noción un primer atisbo de problemas que guardan con el que ahora examinamos cierta analogía.

El contraste fundamental de legislaciones es de fecha muy posterior. La Reforma había roto ya la unidad religiosa y abierto una brecha en la unidad moral de Europa, que vino a resquebrajarse todavía más con la Enciclopedia y la Revolución francesa.

El espíritu secularizador y el nacionalismo revolucionario propagados por el Código Napoleón; la admisión de Estados de antigua civilización oriental en la comunidad de Estados europeos, a partir del Congreso de París en 1856; el laicismo legislativo; las desiguales transformaciones políticas y sociales, acentuaron las fundamentales discrepancias, que culminan en la aparicion del régimen soviético ruso, cuya contradicción de principios políticos, morales, jurídicos, sociales y económicos con los restantes Estados, es absoluta.

La jurisprudencia anglosajona fué la primera en rechazar excepcionalmente, por motivos de orden público internacional, la aplicación de la ley extranjera, y Story, el primer autor que

expuso este criterio y citó una serie de sentencias de los tribunales ingleses y norteamericanos, en las que semejante medida excepcional fué adoptada y la ley extranjera competente no recibió aplicación, por estimársela contraria a los principios fundamentales de Moral y de Derecho vigentes en los Estados Unidos y en Inglaterra.

La conveniencia de adoptar esta doctrina se hizo sentir en materia matrimonial y de contratos. Story la desarrolla como legítima defensa contra los daños que a la nación o a sus súbditos podría ocasionar la aplicación de ciertas leyes extranjeras según las cuales resultarían válidos incluso contratos que tengan por objeto prestaciones inmorales.

Para Healy, el orden público internacional (comunmente llamado entre los anglosajones "*policy* del Derecho del lugar", *public policy* y *public order*) es una excepción a la *comitas gentium*. Para Dicey, una reserva al principio general de reconocimiento de todo derecho debidamente adquirido bajo una ley extranjera.

Kuhn cita una serie de casos, especialmente en materia de contratos usurarios, y procura sistematizar la dispersa y poco definida jurisprudencia, agrupando en tres categorías los casos de aplicación de la reserva de orden público internacional: 1) casos en que la aplicación de la ley extranjera atentaría contra la moral social; 2) casos en que contravendría una regla esencial del orden público local; 3) casos en que perjudicaría al Estado o a sus súbditos.

El concepto clásico de orden público internacional, débese a Savigny. El maestro de la escuela histórica parte del principio de comunidad de Derecho, más íntima entre las legislaciones

regionales internas de un mismo Estado, dependientes de una sola soberanía, que entre las legislaciones de diversos Estados soberanos sobre los que no existe ninguna autoridad común. El orden público internacional es entre estas últimas legislaciones una excepción a aquel principio de comunidad, y su función consiste en excluir una ley extranjera, aun cuando sea la competente para regir el caso de que se trate, si sus preceptos son contrarios a determinadas normas imperativas de la ley del juez.

Dos categorías de normas de orden público internacional establece Savigny: 1) leyes prohibitivas rigurosamente obligatorias, de las que cita como ejemplo la poligamia, por razón moral, y la prohibición de poseer bienes inmuebles los judíos, por razón de utilidad pública; 2) instituciones desconocidas en el país, tales como la esclavitud y la muerte civil.

Los ejemplos citados, que son del propio Savigny, sirven para precisar que la índole prohibitiva de la ley o la naturaleza desconocida de la institución se refiere a puntos de esencial importancia y de ineludible generalidad. No afectan a leyes o a instituciones destinadas a servir necesidades específicas del pueblo para que se dictan, como puedan serlo la disposición que prohibe el matrimonio a los mayores de edad que no hayan pedido consejo paterno, o la que establezca la dote. Trátase de leyes y de instituciones que tocan a las bases morales, políticas o económicas de la sociedad y del Estado.

La segunda categoría de normas establecidas por Savigny, préstase, sin embargo, como puso de manifiesto De Bar, a graves dudas, cuando recae sobre instituciones del mismo nombre pero de distinta significación en unos y otros ordenamientos legislativos. La moderna crítica alemana, según ahora ve-

remos, juzga que esta segunda categoría de normas se halla comprendida en la primera, y reduce a una sola las dos clásicas excepciones savignyanas.

El mérito de Savigny al definir el orden público internacional, está principalmente en considerarlo una excepción al principio de la comunidad de Derecho. El valor jurídico de esta idea fundamental no es tan sólo histórico, sino actual y futuro, por el firme criterio que hoy como entonces da, no obstante el siglo transcurrido, para orientar el pensamiento en materia como la que nos ocupa, una de las más confusas y discutidas en Derecho internacional privado.

El orden público internacional en cuanto excepción al principio de comunidad de Derecho, no fué necesario ni se conoció—como ya dije—mientras el Derecho romano y el canónico conservaron una indiscutida y general autoridad en Europa. Su necesidad asomó al descomponerse aquella fundamental comunidad por las causas antes señaladas. Desaparecido el fondo común que mantenía, aún siglos después de caído el Imperio de occidente, un principio de unidad sobre el particularismo de ciudad o de Estado, cada legislador nacional hubo de proveer a la nueva necesidad, cerrando las fisuras abiertas en la comunidad de Derecho, con las normas excepcionales de orden público internacional.

Las diferencias de estatuto a estatuto, entre las ciudades italianas de la Edad Media; de costumbre a costumbre, entre los señoríos de la época feudal; de ley a ley entre los Estados que todavía conservaban aquella esencial comunidad de Derecho, respondían a las particularidades propias de cada pueblo. Pero todas aquellas legislaciones reposaban sobre unos mismos cimientos jurídicos y morales, que hacían posible su recíproca

interferencia—reflejada en la teoría y la práctica estatutarias—sin peligro alguno para los principios esenciales de la sociedad y del Estado, salvaguardados ya por el Derecho común.

Las graves grietas abiertas en lo que antes fué patrimonio común del mundo civilizado obligó al legislador nacional a dictar normas defensivas, no de aquella parte de su legislación destinada específicamente al ciudadano, sino de aquella otra destinada genéricamente al hombre, que antes venía de fuentes comunes y ahora tuvo que ser reemplazada por normas internas, para dictar las cuales, el legislador de cada Estado se erige, por así decir, en legislador universal.

Cuando el legislador español regula la sociedad de gananciales, tiene en su mente el régimen económico de la familia española; cuando prescribe la indisolubilidad del vínculo, legisla para la familia humana en general. Nada impide en el primer caso admitir la ley nacional de otro Estado, que dé distinta regulación al régimen de bienes de un matrimonio extranjero que resida en nuestra nación; ninguna posibilidad hay, en cambio, de aplicar en España a un matrimonio extranjero su ley personal en materia de divorcio. Y, sin embargo, la norma de Derecho internacional privado para los derechos y deberes de familia, según nuestra legislación, es siempre la ley nacional. Lo que ocurre es que, en el segundo supuesto, aun siendo también la competente, no puede recibir aplicación porque en ese punto la comunidad de Derecho entre la legislación española y esa otra legislación, se ha roto; y, en defecto de una norma superior común para la familia humana en abstracto, el legislador español, a título excepcional, crea su propia norma universal sustitutiva, aplicable a todo matrimonio, español o extranjero, dentro de su territorio, con el fin de evitar que la admisión del divorcio

socave los cimientos mismos de la familia en cuanto institución humana, no ya solo en cuanto institución española.

La norma de orden público internacional viene, pues, a tapar la grieta que, en la comunidad de Derecho entre aquella otra legislación y la nuestra, abrió la admisión del divorcio por parte de la ley extranjera. No desaparece por esta excepción la comunidad de Derecho entre ambas legislaciones en otros muchos aspectos, para los cuales rigen normalmente las reglas de Derecho internacional privado que aceptan, todavía más, que prescriben la aplicación de la ley extranjera cuando no toca a principios fundamentales de la ley propia.

La comunidad jurídica entre los Estados se ha resquebrajado de hecho gravemente, pero no ha desaparecido en la vida internacional. Forma círculos concéntricos en los que, de mayor a menor, la comunidad de Derecho que les liga va siendo cada vez más limitada. Concretándonos, por vía de ejemplo, al Derecho de familia, el círculo de más amplia coincidencia correspondería a aquellos Estados que, como España e Italia, no admiten el divorcio en cuanto al vínculo; seguirá el círculo de aquellos otros Estados que admiten el divorcio pero conservan el régimen monogámico; vendría luego el de aquellos que aceptan la poligamia pero mantienen la familia, y no cabría ya espacio para ningún círculo, por minúsculo que fuera, de comunidad de Derecho con la legislación soviética por ser ésta la negación, aun cuando no haya suprimido el nombre, de la institución familiar, y representar, en expresiva frase de Fedozzi, frente a las demás legislaciones nacionales, "dos mundos políticos, sociales y jurídicos que no se corresponden, y diría se excluyen entre sí".

La excepción del orden público así concebido, crecerá o dis-

minuirá, frente a cada legislación extranjera, en proporción inversa a como crezca o disminuya la comunidad de Derecho que las una. No es una medida fija ni igual en todos los Estados y en todos los tiempos. Y, aun dentro de un mismo Estado, varía según el círculo a que cada legislación extranjera corresponda, y según la época en que se aplique. La comunidad de Derecho en orden al espacio no será en España la misma con todos los demás ordenamientos nacionales; dependerá del grado de afinidad de nuestra legislación con cada una de las legislaciones extranjeras, en los principios que nuestro legislador juzgue de valor universal y humano.

La comunidad jurídica en orden al tiempo, tampoco es la misma siempre. España la tenía antes de la república y ha vuelto a tenerla después con las legislaciones que prescriben el divorcio; y su prohibición era y es una norma de orden público internacional frente a las legislaciones que lo admiten. Durante el paréntesis republicano, el laicismo de su legislación y la ley del divorcio establecieron, por el contrario, comunidad de Derecho con las legislaciones que aceptan la disolución del vínculo, y no había entonces lugar por esta causa a la excepción de orden público internacional.

Contra lo que, mirada la cuestión superficialmente, pudiera creerse, la comunidad de Derecho no se rompe por la existencia de una simple diversidad legislativa. Requiérese, además, como queda dicho, que la diversidad afecte a los principios de valor genérico humano que excluyen la aplicación de toda norma contraria extranjera; no a los de valor específico nacional, en los que la admisión de la ley extranjera, lejos de contradecir, confirma la existencia de la comunidad de Derecho, sin la que

el Derecho internacional privado perdería toda su razón de ser como disciplina jurídica aparte de las puramente internas.

La naturaleza relativa, variable y compleja del orden público internacional, ha hecho fracasar todos los intentos científicos individuales y colectivos (entre los que destaca el realizado por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de París de 1910) con el fin de promover entre los legisladores la enumeración concreta y taxativa de sus respectivas normas de orden público.

La inevitable imprecisión y movilidad del concepto, impone la necesidad de un criterio de valoración comparativa, entre la ley extranjera y los principios esenciales propios, para no desorientarse en la confusión y el empirismo. He tratado de fijarlo en las consideraciones que preceden. Sea éste u otro el que se adopte, su interpretación y aplicación, no susceptible de traducción legislativa, corresponderá en todo caso al juez.

Trátase en efecto, de materia eminentemente judicial: 1) porque su naturaleza no permite que se suministren al juez normas precisas; 2) porque la necesidad específica de definirlo surge ante el caso concreto sometido a la decisión del juez; 3) porque el criterio de aplicación del orden público internacional puede variar (como en España ha ocurrido con el divorcio) según las épocas y los casos sin que ninguna modificación se produzca en el precepto legal que lo define.

Una norma de aplicación importa, no obstante, consignar: que la procedencia de hacer o no intervenir al orden público internacional y la medida en que ha de excluirse la admisión de la ley extranjera en el caso concreto que lo requiera, deben ser interpretadas con criterio restrictivo, por tratarse de una ex-

cepción al principio de la comunidad de Derecho, y para no hacer ilusoria la aplicación de la ley extranjera declarada competente por la propia norma de Derecho internacional privado del juez.

Su propia índole excepcional hace que el orden público tenga una función limitada y negativa. Limitada, porque no entra en juego sino cuando un interés esencial lo reclama, y una regla prohibitiva y rigurosamente obligatoria lo impone. Negativa, porque consiste en cerrar el paso a la ley extranjera normalmente aplicable, siempre que aquella comunidad se interrumpa o, en frase de Niboyet, cuando falte un "mínimum de equivalencia jurídica" indispensable para que haya "interpenetración jurídica" entre las legislaciones y, más abajo del cual, es "como si se diese la vuelta a un conmutador eléctrico que cortara la corriente y apagase la luz".

Tras el efecto negativo y excluyente de la ley extranjera, el orden público internacional puede, además, tener un segundo efecto positivo consistente en llenar el vacío producido por aquella exclusión; mas este efecto positivo no ha de consistir siempre y necesariamente en la aplicación de la ley territorial. Podrá ocurrir así v. gr.: cuando un cónyuge extranjero pretenda obtener el divorcio en una nación que, como la nuestra, no lo admite, y el juez aplique la ley española en sus disposiciones relativas a la separación de cuerpos. Pero caben también casos en que la ley aplicada sea la extranjera. Tal ocurrirá si un esclavo pusiera pie en territorio civilizado donde la esclavitud esté proscrita. Recobraría automáticamente la dignidad humana; y, una vez cancelada su antigua condición, ningún inconveniente habría ya en que su capacidad fuese regida por las

reglas que su propia ley personal establezca para los hombres libres.

Importa fijar el concepto de tres categorías de normas, cuya analogía con el orden público internacional induce a confusión. Me refiero a las normas territoriales por razón del objeto, a las de Derecho público y a las de orden público interno.

Normas territoriales por razón del objeto de la relación jurídica son las que regulan la propiedad, el usufructo, las servidumbres, la hipoteca, la inscripción en el Registro y, en general, todos cuantos derechos reales y todas cuantas garantías legales afectan a los bienes objetivamente considerados, a los intereses de tercero y a los de la nación.

Salta a la vista que, la aplicación de la *lex rei sitae* en todos estos casos no tiene nada que ver con el orden público internacional. El orden público internacional supone que a una determinada relación jurídica debe aplicársele, en cumplimiento de la norma de Derecho internacional privado del propio juez, una ley extranjera y, sin embargo, esa ley no se aplica porque es contraria a los principios de la comunidad de Derecho entre los Estados, tal y como el legislador territorial los concibe y mediante la excepción de orden público los hace imperativamente valer.

La aplicación de la *lex rei sitae* dentro de esta categoría de normas, no es en manera alguna excepción sino regla; una regla universalmente aceptada, la exigida por la naturaleza misma de las relaciones que rige y la que, dentro de la comunidad de Derecho, abarca un más dilatado círculo de legislaciones y de Estados.

Tampoco han de confundirse con el orden público interna-

cional las normas de Derecho público, aun cuando unas y otras sean imperativas y territoriales. El Derecho público regula el régimen político y administrativo; da leyes económicas, fiscales, penales y procesales; organiza y rige, en suma, la vida del Estado y de la sociedad.

No cabe decir que ninguna de estas categorías de normas sean aplicadas por excepción, ni vengan a sustituir una norma extranjera competente, pues la territorialidad de la ley va en tales casos ineludiblemente aneja a la soberanía del Estado: elemental verdad que nadie discute. Lo que no impide, y por ello hacemos la aclaración, que alguna escuela inserte el Derecho público en el orden público internacional por forjarse un concepto equivocado de este último y convertirlo en sinónimo de ley territorial.

La tercera distinción a que antes aludí, es la establecida por Brocher entre orden público internacional y orden público interno. No obstante la crítica contraria de Pillet y otros autores, la juzgo de interés para nuestro estudio.

El orden público interno actúa dentro de la órbita de una legislación sin contraponerse a otras. Exige, por ejemplo, que todo contratante sea capaz, y fija la edad y condiciones necesarias para que sus propios súbditos se puedan obligar, pero no excluye (salvo disposiciones excepcionales, como la del artículo 7 de la ley de introducción del Código civil alemán, a que ya nos hemos referido) la aplicación de una ley extranjera; al contrario, impone que sea aplicada la competente según la norma de Derecho internacional privado (la ley nacional, en la mayoría de los Estados continentales de Europa) para regir la capacidad del contratante extranjero.

El orden público internacional se basa, por el contrario, en

el supuesto de que la ley extranjera requerida por la naturaleza intrínseca de la relación y por la propia ley del juez no es aplicada por vedarlo un principio esencial e imperativo de la legislación territorial, tan obligatorio para los extranjeros como para los nacionales.

Tal sería en España el caso de un ordenado *in sacris*, cuya ley nacional secularizada le reconociera capacidad para contraer matrimonio. Semejante capacidad no podría ser reconocida en España por la rigurosa prohibición que nuestra legislación contiene a este propósito, incluso para el matrimonio civil.

Quedaría incompleto este bosquejo, si dejase de exponer tres interpretaciones doctrinales del orden público internacional: la formulada por aquellas teorías latinas que se inspiran en Mancini; la dada por los escritores nacionalistas; la teoría alemana de la *Vorbehaltsklausel* o cláusula de reserva.

El concepto de orden público internacional en la teoría de Mancini, partía de un supuesto forzoso; la calificación de *voluntarias* que el autor italiano daba a las leyes reguladoras de los bienes y de las obligaciones y contratos, en oposición al carácter *necesario* que reservaba exclusivamente para la categoría de normas referentes al estado y capacidad personal, derecho de familia y sucesiones. Establecida la clasificación, al encontrarse luego con normas de Derecho público y con disposiciones relativas a los bienes que no tenían carácter voluntario, pero que no correspondían tampoco a la categoría que él denominaba leyes necesarias, insertó unas y otras en el orden público internacional.

Corregido ya, incluso en la ciencia italiana, el excesivo per-

sonalismo que las circunstancias históricas del momento imprimieron a la teoría de Mancini; establecido que, en lo referente a los bienes, hay leyes tan necesarias como puedan serlo las relativas a las personas; sentado que su aplicación no es excepcional sino la normalmente adecuada en materia de derechos reales; definidos y separados los conceptos de orden público internacional y Derecho público, no hay ya motivo que justifique la involucración de todos ellos bajo el rótulo de orden público internacional, en cuyo marco específico no tienen cabida, según acabo de razonar, ni el Derecho público ni las normas relativas a los bienes objetivamente considerados, por ser entrambas categorías de normas necesaria y esencialmente territoriales, incluso dentro de la más perfecta comunidad de Derecho.

Sin embargo la teoría de Mancini, abandonada ya en este punto por la propia doctrina italiana, ha sido contemporámente sostenida por Pillet y por Bustamante.

Pillet englobó las leyes de Derecho público, las de policía, las de propiedad y las fiscales con las propiamente de orden público internacional porque a ello le condujo la rigidez de su clasificación bipartita en solo dos categorías de leyes, según el fin de protección individual o de garantía social que las sirviera de causa, viniendo así a hacer sinónimos los conceptos de orden público y ley territorial.

La actual doctrina francesa tiende, como la italiana, a depurar el concepto de orden público internacional apartando de él las leyes territoriales por naturaleza, y reduciéndolo a la función específica de paralizar el libre juego de la norma de Derecho internacional privado, cuando la ley extranjera com-

petente se halle en pugna con una norma prohibitiva, de estricta y general observancia en la nación del juez.

El concepto de orden público internacional, tal como lo concibió Mancini, es una doctrina perinclitada ya en Europa pero que, por un fenómeno singular, se conserva en América y hasta fué llevada al Código panamericano de Derecho internacional privado por haberla patrocinado Bustamante.

En tres categorías divide las leyes el artículo 3.° de aquel Código: las personales, las voluntarias y "las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional".

El trasplante del sistema de Mancini no puede ser más completo, a pesar de la gran distancia que en el espacio y en el tiempo separa la refundición americana de las circunstancias políticas pretéritas que determinaron la aparición de esta doctrina en Italia.

El orden público internacional es un grave escollo con que en su camino tropiezan las teorías nacionalistas fundadas en una pretendida incorporación de la ley extranjera al ordenamiento interno nacional. Especialmente, las teorías partidarias de una incorporación formal que abarca la totalidad de las normas sustantivas y de sus fuentes. ¿Cómo cohonestar esta supuesta incorporación con la incompatibilidad fundamental que el orden público internacional plantea entre la ley extranjera asimilada y la ley territorial receptora?

Roberto Ago sale al paso de la dificultad con la explicación de que, en toda regla de Derecho internacional privado, debe considerarse incluída una cláusula, por efecto de la cual

el llamamiento a normas extranjeras no podrá tener lugar sino cuando "la inserción de tales normas en el ordenamiento jurídico interno no venga a turbar la armonía de este sistema".

Pacchioni, contra su costumbre de analizar detenidamente los temas de importancia, pasa muy por encima el del orden público internacional, y dice que el llamamiento a la norma extranjera se entiende subordinado a que "su concreta aplicación no viole el orden público y las buenas costumbres".

Dejando aparte el natural designio de interpretar el orden público en consonancia con la teoría nacionalista que patrocinan, una serie de afirmaciones comunes avecina estas doctrinas, ya que no en las premisas sí en los resultados, a la tradicional concepción de Savigny: la naturaleza excepcional del orden público internacional; su distinción del Derecho público y de las leyes propiamente territoriales; su función excluyente de la ley extranjera aplicable; la limitación de su empleo al caso concreto que lo reclama; el criterio restrictivo con que ha de ser interpretado; la tutela que le corresponde sobre determiminados principios de orden moral o político; su relatividad en el tiempo y en el espacio; la imposibilidad de definirlo en términos concretos y de traducir su concepto en normas legislativas detalladas.

Claro es que todo ello, conforme a la tesis nacionalista, dentro del orden interno y dejando aparte la idea de una comunidad de Derecho superior; pero sin que esta peculiaridad de escuela rompa la concordancia con Savigny en los resultados prácticos.

La doctrina de la *Vorbehaltsklausel* o cláusula de reserva, la más extendida en Alemania para explicar el concepto de orden público internacional, sigue, fundamentalmente, la orientación clásica. No es de extrañar, si se tiene en cuenta que el autor de la doctrina e incluso de la palabra fué Zitelmann, el más autorizado renovador en nuestro tiempo de la teoría de Savigny. A él se debe, como pone de relieve Klein, la general aceptación que la doctrina de la *Vorbehaltsklausel* ha encontrado en la ciencia alemana.

La cláusula de reserva es una especie de válvula de seguridad destinada a tutelar principios morales y jurídicos. Su naturaleza consiste en ser una excepción a la comunidad de Derecho.

La tutela de aquellos principios morales y jurídicos, requiere que la ley extranjera los contradiga de modo grave, y que se plantee el problema de la aplicación de esa ley a un caso concreto. El orden público internacional acude entonces a impedir en tal caso la aplicación del precepto extranjero que, normalmente, hubiera debido regir.

Las dos excepciones de Savigny al principio de comunidad de Derecho, son fundidas por esta teoría en una sola: leyes prohibitivas rigurosamente obligatorias, que las abarca a las dos.

La cláusula de reserva puede ser general o especial. General, cuando establece un límite genérico a la aplicación del Derecho extranjero; especial, cuando la limitación se concreta a una determinada materia. Cláusula de reserva general es la del artículo 30 del Código civil alemán: "La aplicación de la ley extranjera queda excluída, si fuese contraria a las buenas

costumbres o contradijera la finalidad de una ley alemana". Cláusula de reserva especial es la del artículo 12 del propio Código: "No podrán hacerse valer contra un alemán, por una acción ilícita cometida en el extranjero, derechos mayores que los reconocidos por la ley alemana".

Franskenstein distingue entre cláusula de reserva absoluta y relativa. Absoluta, la que un legislador impone a sus jueces siempre y en todo caso. Puede ser ilimitada cuando rige para todos y en todo el territorio, y limitada, o por razón de personas o por razón de territorio. A estas últimas las llama reservas absolutas, personalmente o territorialmente limitadas, y consisten en que el juez no deberá aplicar el Derecho extranjero a los súbditos de su Estado o dentro del territorio de su Estado.

Da el nombre de relativas a aquellas cláusulas que suponen en el juez una valoración comparativa entre el Derecho interno y el Derecho extranjero aplicable, en la que la balanza de la justicia puede inclinarse de una u otra parte, según las ideas dominantes en cada Estado, como ocurriría con un impedimento para contraer matrimonio fundado en la disparidad de cultos.

La doctrina alemana está acorde en reconocer la índole excepcional de la cláusula de reserva y el criterio restrictivo con que debe ser interpretada, por ir contra el principio de comunidad de Derecho.

La norma contenida en una cláusula de reserva general, es para esta doctrina una verdadera norma de colisión de leyes, igual que todas las otras de Derecho internacional privado, pero con la particularidad de que no es una norma independiente de las demás sino que está incluída en todas ellas, como excep-

ción al principio que en cada una se formula acerca de la ley aplicable.

La exclusión del Derecho extranjero que normalmente correspondería aplicar, puede originar, aunque no siempre, lagunas que requieren acudir a otras disposiciones sustantivas. El criterio dominante a este propósito en la doctrina alemana, principalmente razonado por Lewald, Nussbaum y Wolff, es que dichas lagunas deben ser, en lo posible, salvadas con el propio Derecho extranjero aplicable, ya que la exclusión impuesta por la cláusula de reserva es excepcional y afecta únicamente a determinadas normas de ese Derecho sin que el impedimento se extienda a todas las demás. Tan solo en caso de imposibilidad de enlace entre las dos legislaciones deberá recurrirse al Derecho interno.

El convenio de La Haya de 1902 para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio, quiso reducir los casos de aplicación del orden público internacional por motivos de índole religiosa, referentes a impedimentos o a solemnidades de celebración, y ello determinó el que España y varias naciones más, según ya dijimos, no lo ratificasen.

En un plano más realista, el proyecto de convenio sobre conflictos de leyes y de jurisdicciones en materia de sucesión y de testamentos, elaborado por la VI Conferencia de La Haya, insertó esta disposición: "Cuando la aplicación de una norma de la ley nacional del difunto sea manifiestamente incompatible con los principios de orden público reconocidos en uno de los Estados contratantes, podrá ser excluída e incluso excepcionalmente reemplazada por la aplicación de la ley territorial" (artículo 3).

Por lo que toca a las normas de orden público internacional en las legislaciones internas, hemos citado la definición genérica del artículo 30 del Código civil alemán, en la que entran dos motivos de exclusión de la ley extranjera: ser contraria a las buenas costumbres o ir contra la finalidad de una ley alemana.

La ley polaca de 1926, señalaba dos causas: la pugna con los principios esenciales del orden público o con las buenas costumbres (art. 38).

El legislador italiano de 1942 redujo la enumeración del antiguo Código (igual que la del nuestro) a solo dos causas: ser contrarias al orden público o a las buenas costumbres, e hizo entrar al orden corporativo a formar parte integrante del orden público (art. 31).

El Código civil argentino de 1871, sin emplear la denominación de orden público internacional, lo define a la vez que el Derecho público, en esta forma: "Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1.° cuando su aplicación se oponga al Derecho público criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, a la moral y buenas costumbres; 2.° cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código; 3.° cuando fueren de mero privilegio; 4.° cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos". (art. 14).

En frase más compendiada, el Código civil brasileño de 1916, declara: "Las leyes, actos, sentencias de otros países, así como las disposiciones y contratos particulares quedarán sin efecto si atentaran a la soberanía nacional, al orden público y a las buenas costumbres". (art. 17).

La reserva de orden público internacional se halla también

formulada, con la especialidad que aquel ordenamiento jurídico impone, por la ley sobre las Fuentes del Derecho en la Ciudad del Vaticano, para exceptuar la aplicación de los Códigos italianos vigentes al ratificarse el Tratado de Letrán (que la propia ley pontificia declara aplicables, "a título supletorio y hasta tanto que se provea por leyes particulares de la Ciudad del Vaticano") cuando sea contraria "a los preceptos del Derecho divino, a los principios generales del Derecho canónico, al Tratado y al Concordato estipulados entre la Santa Sede y el Reino de Italia el 11 de febrero de 1929", o cuando "el estado de hecho existente en la Ciudad del Vaticano haga imposible su aplicación" (art. 3).

Es de observar que con la expresión "Derecho divino" se engloba tanto el Derecho divino positivo como el Derecho natural.

Nuestro Código de 1889 reproduce en sus artículos 8 y 11 (tercer párrafo), los artículos 11 y 12 del antiguo Código civil italiano de 1865.

"Las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública, obligan a todos los que habiten en territorio español". (art. 8). Contiene este artículo la norma de estricta territorialidad respecto a las categorías de leyes que en él se enumeran, ninguna de las cuales es, por su naturaleza jurídica, susceptible de que nadie pueda invocar en nuestro territorio leyes distintas a las españolas. Son, aunque con enumeración incompleta, las normas que hemos llamado de Derecho público, distintas de las de orden público internacional.

Las de orden público aparecen reguladas en el tercer párrafo del artículo 11, que dice así: "No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas

concernientes a las personas, sus actos y sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero". Esta norma es la específicamente alusiva al orden público internacional. Su frase inicial, "no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior", indica el carácter excepcional de la disposición que sigue, y su efecto derogatorio de las precedentes normas de Derecho internacional privado.

La redacción poco afortunada de este párrafo, traduce de modo tan literal el artículo correspondiente del antiguo Código civil italiano, que su frase "disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero", induce a pensar en disposiciones de ley o en convenios internacionales, cuando, en realidad, su sentido se contrae a la órbita privada (donaciones, testamentos, contratos), según se confirma confrontándolo con el texto italiano donde a las palabras "disposizioni e convenzioni" precedía esta otra: "private".

El concepto de orden público tiene, de todos modos, una forzosa imprecisión genérica al traducirse en norma legislativa, precisamente por tratarse de materia cuya apreciación corresponde en cada caso al juez, y cuya esencia es, por naturaleza, variable, según los principios dominantes en cada nación y dentro de cada período histórico.

La idea fundamental que ha de retenerse es que el orden público constituye una excepción al principio de la comunidad de Derecho; excepción que confirma la regla y pone de relieve la existencia de una comunidad jurídica en zonas extensas del Derecho, por encima de las fronteras y no obstante la diversidad legislativa entre los Estados.

Lección 19

IV.—*Limitaciones a la aplicación de la ley extranjera derivadas del fraude de ley.*—Concepto del fraude de ley en el Derecho romano antiguo, en el clásico y en el postclásico: los actos *contra legem* y los actos *in fraudem legis;* la violación material y la violación intencional de la ley. El fraude de ley en Derecho internacional privado. Doctrinas objetiva, subjetiva y mixta. Casos prácticos. Polémica doctrinal. El fraude de ley y el abuso de derecho. Derecho español. El Código civil y la jurisprudencia.

El concepto del fraude de ley en Derecho internacional privado, tiene su necesario antecedente en el Derecho romano.

Tres fases, perfectamente definidas, marcan su proceso formativo, que tuvo una larga y laboriosa gestación. Cronológica y doctrinalmente, corresponden al período antiguo, al clásico y al postclásico.

En el período antiguo, bajo las XII Tablas, la ley obligaba por el *nexum* y el *mancipium.* Todo su valor jurídico residía en las palabras. Era forzoso atenerse al texto literal, y no cabía ninguna indagación acerca del verdadero espíritu que le animaba, y del que la letra, en realidad, es simple medio de expresión.

La validez o la nulidad de los actos dependía exclusivamente de que fueran conformes o contrarios a las disposiciones literales de la ley, abstracción hecha de lo que realmente hubiera querido decir el legislador, aun en el supuesto de que cupiera probar que había sido otra su intención.

Dentro de esta concepción, eran posibles los actos contra la

letra de la ley, pero no los actos contra su espíritu, característicos del fraude, todavía desconocido.

En el período clásico, se abandona la interpretación puramente literal y se indaga, además, la voluntad que efectivamente tuvo el legislador al dictarla. Asoman ya con claridad las notas diferenciales entre el *agere contra legem* y el *agere in fraudem legis*. La ley había de ser respetada no solo en su letra sino también, y muy especialmente, en su espíritu. Ulpiano enseñaba que, quien violare una prohibición de la *verba legis*, procedía *contra legem;* y quien, sin violar la letra, fuese contra su *mens* o *sententia*, obraba *in fraudem legis*.

Un texto romano del Digesto define con sencilla claridad ambos conceptos: "*Contra legem* facit qui id facit quod lex prohibet; *in fraudem* vero, qui, salvis verbis legis, sententiam eius circumvenit".

La concepción primitiva, prohibía y declaraba nulos los actos que violasen las disposiciones literales de la ley, mientras permitía y declaraba válidos los actos que, sin violar la letra, fuesen contra la *mens legis*. La concepción clásica extiende la prohibición y la nulidad a todos aquellos actos que, sin chocar con la letra, van contra el fondo del texto legal. Así nace la figura jurídica del fraude de ley.

En el período postclásico, que abarca la época justinianea, la medieval y la moderna, se dibuja ya una nueva figura de fraude de ley. El individuo que, por caminos tortuosos, hurtando el cuerpo a las sanciones de la ley y con la finalidad de burlarla, combina actos, aisladamente válidos, para sustraerse al cumplimiento de una norma imperativa o prohibitiva, incurre en fraude. La intención dolosa del agente pasa a ser elemento necesario, e incluso, según algunos, determinante y califica-

tivo del fraude, por constituir una causa ilícita, que tacha al acto con vicio de nulidad.

La doctrina clásica es puramente objetiva: juzga el acto en relación con la ley y con la voluntad del legislador al dictarla. La postclásica introduce el elemento subjetivo o intencional, y juzga el acto en relación con la voluntad de las partes que lo realizan, ya sea tomando este elemento como un factor más, ya como factor único y decisivo.

La noción genérica del fraude de ley, tal como fué elaborada en el Derecho romano, según queda sumariamente expuesto, constituye una premisa indispensable para fijar con precisión su concepto específico en Derecho internacional privado.

Una de estas tres doctrinas cabe adoptar para definirlo: la objetiva, la subjetiva y la mixta. La doctrina objetiva pura, atiende exclusivamente a la violación de la ley, y prescinde de la voluntad del agente. La doctrina subjetiva pura, mira tan sólo a la voluntad del agente y excluye la necesidad de una violación. La doctrina mixta exige la concurrencia de ambos factores.

La violación de la ley sin deliberado própósito de parte de quien lo realiza es, en realidad, un acto contra la ley, no un acto de fraude. La intención culposa sin infracción legal, caerá bajo la esfera de la Moral, pero no bajo la sanción del Derecho. Ni la doctrina objetiva ni la subjetiva, en sentido estricto, dan una explicación cabal del fraude. Precisa acudir a la doctrina mixta, que conjuga los dos elementos. La noción exacta del fraude de ley requiere, en efecto, la concurrencia del factor objetivo y del subjetivo, o, lo que es lo mismo, exige: a) la efectiva realización de actos aisladamente válidos pero que, en su con-

junto, llevan a un resultado absolutamente prohibido por la ley; b) la intención que mueve al agente a realizarlos, con el deliberado propósito de sustraerse a la norma que se lo veda, "refugiándose — como dice gráficamente Arminjón — tras el texto de la ley para violarla en su espíritu".

El fraude de ley fué ya previsto como una excepción a la territorialidad del Derecho, incluso en la escuela holandesa del siglo XVII, tan cerradamente territorialista. Huber, señala esta excepción cuando, para celebrar un acto, se cambiaba de domicilio *in fraudem sui juris vel civium suorum*.

En la escuela francesa del siglo XVIII, Froland cita, entre otros, el caso de un matrimonio domiciliado en Normandía, que traslada su domicilio a París, con el propósito de burlar la prohibición existente en la costumbre normanda de adoptar el régimen de comunidad de bienes, para, consumado el fraude, volver luego a su primitivo domicilio. Froland califica a estos esposos, de rebeldes contra aquella ley prohibitiva, por haber realizados tales cambios en fraude de la ley de su verdadero domicilio, y declara procedente la oportuna sanción.

El incentivo quizá mayor que el fraude de ley encontró en el orden internacional privado, fué la diversidad legislativa que la Reforma primero y el laicismo después, introdujeron en punto tan importante como la indisolubilidad o disolubilidad del vínculo conyugal.

Caso típico en este orden es el de la princesa Bibesco. Casada primeramente con el príncipe de Bauffremont, oficial francés, obtuvo la separación de cuerpos en Francia (donde en aquella época, anterior a 1884, no estaba admitido el divorcio) y en 1875 se naturalizó en Alemania. Conseguido allí el

divorcio, contrajo a los pocos meses segundas nupcias con el príncipe Bibesco, de nacionalidad rumana, y volvió a Francia.

El príncipe de Bauffremont no se avino a reconocer el divorcio, y el tribunal de París, en 1878, decidió en su sentencia que había fraude. No se pronunció en su fallo contra la validez de la naturalización alemana, pero sí declaró la nulidad del divorcio que, al amparo de ese cambio de nacionalidad, había obtenido en Alemania la princesa.

Promulgada más tarde en Francia la ley del divorcio, fueron no pocos los casos de españoles y de italianos que acudieron allí con el fin de obtenerlo fraudulentamente.

Para que el fraude de ley se produzca en Derecho internacional privado, será preciso que exista en el sujeto o sujetos interesados el *animus*, la intención de eludir un precepto obligatorio, y que este propósito vaya acompañado del *corpus*, de la ejecución de actos que excedan de la órbita interna nacional, válidos cada uno de ellos en si, pero concertados de suerte que su escalonada realización—aun cuando no se llegue a la fase última y definitiva—produzca un resultado contrario al que la ley quiso y ordenó.

Incurrirá en fraude de la ley aquel cuya ley nacional le veda la disolución del vínculo matrimonial, y se naturaliza en un Estado donde el divorcio está permitido, con el propósito, que pone en práctica, de entablar demanda para lograr una sentencia que pueda hacer luego valer en su propia nación de origen.

Lo cometerá, asimismo, aquel cuya ley nacional fija un límite al testador para disponer *mortis causa* de sus bienes, a la manera que en España ocurre con las legítimas y las mejoras, y se naturaliza en otro Estado, como Inglaterra, donde la libertad

de testar es absoluta, para sustraerse a tal restricción al redactar el testamento que, con posterioridad al cambio de nacionalidad, otorga.

Habrá igualmente fraude de ley cuando se contrae matrimonio en el extranjero para eludir la forma religiosa obligatoria a quienes profesen una determinada religión, como en España sucede a los católicos.

Lo habrá, en fin, cuando una sociedad industrial compuesta por nacionales y destinada a desarrollar su actividad en el propio Estado, se constituye y domicilia en el extranjero, para eludir el pago de determinados impuestos.

Podrá suceder que alguno de estos actos resulte por sí mismo nulo, independientemente de toda intención por parte de quien lo realice; mas entonces, la nulidad tendrá sencillamente por causa el tratarse de un acto *contra legem,* no de un acto *in fraudem legis,* que siempre requerirá, aparte la violación, disimulada pero cierta, de una norma imperativa, la intención culposa del agente.

No faltan autores que rechacen el concepto mismo de fraude de ley, en nombre de la autonomía de la voluntad. Mas la autonomía de la voluntad, como ya se dijo al explicarla, no es ni puede ser absoluta sino que ha de moverse dentro de los límites imperativos y prohibitivos que le marca la ley. Y el fraude de ley consiste precisamente en la deliberada aunque sinuosa transgresión de esos límites, que la autonomía de la voluntad no puede impunemente traspasar en el orden interno ni tampoco en el internacional.

El interés en que la burla de la ley no se consume, corresponde en primer término al Estado cuya norma resultase vio-

lada. Pero el fraude de ley, a diferencia del orden público internacional no tiene, por su naturaleza jurídica, un alcance exclusivamente territorial. Afecta, por el contrario, a la validez extraterritorial de las reglas imperativas o prohibitivas cuya competencia esté reconocida por la norma de Derecho internacional privado; y, en este aspecto, su represión es reclamada, aun cuando no siempre se efectúe, por un interés solidario de la comunidad jurídica internacional.

Establecida la ilicitud del fraude de ley en Derecho internacional privado, la sanción que se le imponga habrá de ir lógicamente dirigida a impedir que las leyes imperativas o prohibitivas queden burladas. Algunos estiman necesario llegar a la nulidad de todos los actos que constituían la trama y el engranaje del artificio ideado y realizado por el contraventor fraudulento. Quizá en algún caso sea ello preciso; pero, en los más, bastará con la nulidad de aquel o aquellos actos en donde la norma resulte ya violada, sin necesidad de extender la anulación a todos los actos preparatorios, o limitándose a una multa.

Volviendo a los ejemplos antes citados: si el infractor cambia de nacionalidad para obtener el divorcio en cuanto al vínculo, o para otorgar testamento sin cortapisas, bastará con negar validez al divorcio o al testamento, sin necesidad de declarar nula la naturalización, en sí misma inocua, si no sirve de medio para lograr la finalidad que con el fraude se persigue. El pretendido burlador de la ley, resultará así burlado en su intento.

Otro tanto ocurrirá a quienes celebren un acto en el extranjero con fines de defraudación fiscal, para eludir el pago de un impuesto. Bastará sencillamente con aplicarle como sanción el

pago de los derechos y una multa, sin necesidad de declarar nulo el acto.

Procederá, en cambio, la nulidad cuando se contrae matrimonio en el extranjero sin guardar la forma solemne o religiosa prescrita por la ley nacional.

Dos situaciones jurídicas tienen una apariencia en cierto modo semejante, pero en el fondo diversa al fraude de ley: las simulaciones de hecho y el abuso de derecho. Importa fijar sus características diferenciales.

La simulación de hecho consiste en fingir que un determinado acto o contrato fué realizado en el extranjero, cuando en realidad se hizo en el propio territorio nacional, para de aquel hecho falso deducir consecuencias aparentemente análogas al fraude de ley en Derecho internacional privado. No procede, sin embargo, aplicarle la calificación de fraude, porque la simulación no llegó a tener efectividad más allá de las fronteras, ni pudo, por tanto, crear un problema que excediera de la órbita puramente interna, dentro de la cual se desenvolvió sin alcanzar realidad jurídica, ni siquiera física, en el orden internacional privado.

El abuso de derecho es uno de los conceptos más imprecisos y discutidos en la ciencia jurídica. Su realidad, como la del orden público internacional no es, por ello, menos evidente. La dificultad estriba en difinirlo.

Sin entrar de lleno en el tema, baste con señalar que la propia palabra abuso indica ya el uso anormal o excesivo de un derecho reconocido por el legislador con un fin que resulta desnaturalizado o desorbitado por el ejercicio que de él hace el titular. Aplicado a nuestro objeto, el uso desordenado afectaría al

ejercicio de derechos que deriven de las normas de Derecho intrnacional privado, con aplicación desviada del objeto para que se dictaron, y propósito de eludir una disposición imperativa de la legislación competente acogiéndose, al amparo de aquellas normas de colisión, a una legislación extraña.

Se ha dicho por algún tratadista, para distinguir el abuso de derecho del fraude de ley, que el primero implica la lesión de un interés privado, en tanto que el segundo mira casi siempre a proteger al autor del fraude contra sí mismo o a defender un interés social, ya que, si lesiona un interés privado, bastaría con aplicar otra regla: el respeto a los derechos adquiridos.

Sin negar que esta distinción pueda, en determinados casos, proyectar luz y aclarar ideas, existe otra línea divisoria más inconfundible entre ambos conceptos, y es que el abuso de derecho según la doctrina corriente y admitida, se ha de medir con un criterio puramente objetivo, lo que, en cierto modo, le asemeja a la concepción clásica, y le aparta de la concepción postclásica y moderna, que requiere el elemento intencional para la existencia del fraude en Derecho internacional privado.

El Código civil español, en su artículo 4.°, declara que "son nulos los actos ejecutados *contra lo dispuesto en la ley*, salvo los casos en que la misma ley ordene su validez". No se trata de un precepto en el que aparezca definida la figura jurídica del fraude, pero la jurisprudencia ha tomado pié de ese artículo para extender el concepto de actos contra la ley, que en él se sancionan, a los actos de fraude de ley, tal como quedan descritos.

Norma relacionada también con el fraude, aun cuando técnicamente no la comprenda de modo preciso en su texto, es la del art. 1.116 del nuestro código: "Las condiciones imposibles,

las contrarias a las buenas costumbres *y las prohibidas por la ley,* anularán las obligaciones que de ellas dependan".

Más concretamente, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1915 declaró haber fraude de ley en Derecho internacional privado "cuando un español adoptara las leyes extranjeras para sustraerse a las suyas naturales".

Lección 20

V.—*Interpretación y prueba de la ley declarada aplicable.*—Conocimiento de la ley extranjera. Criterio para interpretarla. Convenio de 1931 relativo a la competencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional. Convenios bilaterales en materia de interpretación de tratados. Aplicación de oficio o por alegación de parte. Sistemas seguidos en leyes y tratados. Prueba. La ley extranjera ¿es un hecho o un derecho? Soluciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Su trascendencia procesal. La ley extranjera y el recurso de casación. Jurisprudencia española. Ojeada sintética sobre los problemas que suscita la aplicación de la norma de Derecho internacional privado.

Examinados los problemas que, sucesivamente, plantea la aplicación de la norma de Derecho internacional privado, réstanos por estudiar el último, o sea el de la interpretación y prueba de la ley declarada aplicable.

La aplicación de toda ley requiere, de parte del juez, conocerla e interpretarla. Ambas funciones acompañan lógicamente a la aplicación del precepto, y a nadie ofrece dudas su necesidad cuando se trata de disposiciones de índole puramente interna. Tampoco debiera ofrecerlas, al trasladar el problema del Derecho interno a nuestra disciplina, la necesidad de conocer e interpretar la ley extranjera declarada competente por la norma de Derecho internacional privado, ya que el juez está obligado a aplicarla por mandato de su propio legislador, y ello requiere previo conocimiento y adecuada interpretación. Encontrará, ciertamente, el juez una mayor dificultad práctica para

conocer e interpretar la ley extranjera que la suya propia; mas esto no altera el principio que acaba de enunciarse. Otra cosa equivaldría a la ruina y negación del Derecho internacional privado.

"El tribunal que rehuse fallar—dice el art. 6.° de nuestro Código civil—a pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes incurrirá en responsabilidad." Si no es lícito al juzgador negarse a fallar por esta causa, tampoco debe serlo el omitir la aplicación de la ley extranjera que su propio legislador le ordena, por desconocimiento de su texto. "La ignorancia de las leyes—declara el art. 2.° del mismo Código—no excusa de su cumplimiento." Disposición dirigida a los particulares, pero que con mayor motivo obliga al juez.

Y no se diga que la dificultad antes apuntada sea invencible, pues cabe superarla por procedimientos que ahora se indicarán. Más invencible podría decirse que es la ignorancia del particular; y, sin embargo, el principio antes enunciado no le excusa, por ineludible exigencia del orden jurídico. Sin contar con que el hipotético conocimiento de la ley supuesto en el particular va ligado a todo acto que realice u omisión en que incurra, mientras que el conocimiento de la ley extranjera pedido al juez no es global ni anterior a su actuación en el pleito, sino que se concreta al punto litigioso que en cada caso le sea sometido, y permite, con posterioridad a su planteamiento, el estudio y la consulta.

Resta sólo ayudar al juez en la indagación del Derecho extranjero. Meili propone, a este fin: la creación de un centro internacional que tenga por función proporcionar oficialmente informes sobre leyes extranjeras; la celebración de tratados, por virtud de los cuales se comprometan los Estados a expedir

certificaciones acerca de la existencia y el contenido de las leyes nacionales; el encargo a los tribunales de cada Estado de dar, a petición de un tribunal extranjero o de personas autorizadas a este efecto por tal tribunal, informaciones sobre su propia ley.

El Código de Derecho internacional privado que aprobó la sexta Conferencia panamericana, prevé a este propósito el testimonio legalizado de dos abogados de la nación a que corresponda la ley. En caso de falta o insuficiencia de las pruebas, a juicio del juez, se reclamará de oficio el texto legal por vía diplomática. El Estado requerido tiene la obligación de suministrarlo en breve plazo.

El primitivo proyecto de Código civil checoslovaco, de 1922, disponía: "En la imposibilidad de comprobar el contenido del orden jurídico extranjero aplicable al litigio, el tribunal presumirá la identidad del orden jurídico extranjero con el orden jurídico checoslovaco". Muy acertadamente, el proyecto de 1931 suprimió esta disposición (número 63), "para no alentar al juez—decía la ponencia— a no aplicar la ley extranjera".

Supuesto ya el conocimiento de la ley extranjera, procede ahora determinar el criterio para interpretarla. Este criterio ha de buscarse en la ley extranjera declarada competente, ya que, en definitiva, se trata de saber lo que aquel legislador quiso decir al redactar sus preceptos.

Ninguna duda ofrece este problema cuando el legislador mismo ha dictado normas interpretativas o cuando el Derecho que se ha de aplicar es consuetudinario o jurisprudencial, como en gran parte ocurre con el *common law* inglés, y la cuestión

está ya resuelta en las sentencias de los tribunales encargados de precisarlo y definirlo.

El problema surge cuando no existe una interpretación auténtica de parte de los órganos legislativos o judiciales con potestad para definir el significado y alcance de una norma legal o consuetudinaria. ¿Qué criterio deberá entonces prevalecer? ¿El seguido generalmente en la nación a que la norma pertenece o el que, objetivamente, y según su leal saber y entender, a la vista de la legislación extranjera, considere procedente el juez encargado de aplicarla, sin pararse a considerar el sentido que la den en el país de origen?

Cualquiera de los dos sistemas puede ser seguido, a mi juicio, por el juez con perfecta corrección jurídica. Parece, no obstante, preferible atenerse, en principio, a la interpretación que la ley reciba en su propia nación, ya que ella reflejará verosímilmente mejor el espíritu del legislador y, sobre todo, servirá más adecuadamente la necesidad social a que la norma responde.

Recuérdese a este propósito, como caso típico, el de un testamento otorgado por una señora belga en Francia, cuya validez fué impugnada en consideración a que la jurisprudencia francesa interpreta el artículo 970, común al Código civil francés y al belga, en el sentido de anular los testamentos con fecha errónea.

El tribunal francés que entendió en aquel caso se atuvo, sin embargo, al criterio de la jurisprudencia belga, favorable a la validez del testamento, con lo que respetó la voluntad presunta de la testadora y la interpretación auténtica de aquella norma en Bélgica.

Si la manera de entender la ley extranjera no aparece in-

equívocamente clara en la nación de origen y suscita polémicas doctrinales entre los jurisconsultos o diversidad judicial en las sentencias, el juez la interpretará objetivamente conforme a su propio criterio.

Digamos, por último, que la interpretación dada a la norma en el Estado de origen no vincula ni obliga al juez ante quien se plantea el asunto. Es una indicación orientadora, que las más de las veces convendrá tener en cuenta por razones de justicia y por consideraciones prácticas, pero que no cercena la potestad del juzgador para interpretar y aplicar la ley.

Una modalidad especial ofrece la aplicación de los convenios que sientan reglas de Derecho internacional privado.

Los Estados contratantes pueden optar entre publicar sencillamente el tratado o dictar una ley en la que se recojan sus preceptos. Si se promulga el tratado o el legislador remite a las disposiciones de sus cláusulas (caso del art. 951 de nuestra ley de Enjuiciamiento civil), el juez deberá interpretarlo conforme al criterio que presidiera su negociación, acudiendo a las actas de las sesiones en donde aparecerán las opiniones emitidas por los diversos representantes diplomáticos y el verdadero sentido del acuerdo reflejado en el convenio. Si se dicta una ley, el juez deberá entonces aplicarla según el espíritu de su propio legislador.

Este segundo supuesto puede originar, y en la práctica ha originado más de una vez, diversidades de criterio en la ejecución de los convenios por parte de los Estados comprometidos a su observancia. Tal discrepancia puede malograr la finalidad perseguida con el acuerdo, y ha hecho sentir la nesidad de asegurar una interpretación uniforme, para que el

concierto de voluntades logrado con su firma y ratificación, se mantenga fielmente a la hora de ejecutarlo en los Estados que lo suscribieron.

A tal propósito responde el proyecto de protocolo redactado por la sexta Conferencia de Derecho internacional privado de La Haya, en 1928, y que, con fecha 27 de marzo de 1931, adoptaron varios Estados europeos, entre ellos España. Los Estados firmantes se obligan a reconocer "la competencia del Tribunal Permanente de Justicia Internacional para conocer de toda diferencia entre ellos, concerniente a la interpretación de los convenios elaborados por la Conferencia de Derecho internacional privado, de los que sean firmantes o a los que se hayan adherido".

El Instituto de Derecho Internacional, en su reunión de Nueva York de 1929, abordó más a fondo el problema e hizo definiciones precisas, a las que la Conferencia de La Haya, por comprometerse en ella la voluntad de los Gobiernos, no pudo llegar. Tras largas discusiones, de las que conservo recuerdo personal, el Instituto elaboró un proyecto en el que recomendaba las reglas que deberían tenerse en cuenta para saber cuándo podía ser llevada ante el Tribunal Permanente de Justicia Internacional una divergencia relativa a la interpretación de una norma convencional en materia de Derecho internacional privado. Sustancialmente, proponía como condición para poder acudir a esta instancia internacional, que la interpretación "hubiese sido dada, ya por vía legislativa, ya por una decisión judicial con valor de cosa juzgada, ya por una decisión administrativa no susceptible de recurso".

El convenio sobre ejecución de sentencias en materia civil y mercantil suscrito entre Francia e Italia en 1930, dis-

ponía que "las dos partes contratantes redactaran un compromiso precisando las cuestiones de principio que los árbitros deberán resolver a propósito de la interpretación o de la aplicación del convenio".

Con alcance también limitado a la ejecución de sentencias, el convenio suscrito en Roma el 1933, entre Italia y Suiza, declara que las cuestiones sobre interpretación o aplicación que puedan surgir entre las partes contratantes, serán reguladas de conformidad a lo dispuesto en el tratado de conciliación y procedimiento judicial de 1924 "a menos que las Altas Partes contratantes no estén de acuerdo para admitir otro medio de arreglo".

Cuestión importante, en orden a la aplicación de la ley extranjera, es la de precisar si puede verificarse de oficio o cabe sólo hacerla por alegación de parte.

Para responder con sentido lógico a esta interrogación, basta considerar que las normas de Derecho internacional privado son reglas obligatorias dentro del territorio del Estado que las dicta. Salvo el reducido círculo dejado a la autonomía de la voluntad, revisten carácter imperativo y no pueden ser derogadas por los particulares.

Consecuencia ineludible de esta premisa es que la ley extranjera declarada idónea para regular el caso puede y, en rigor jurídico, debe ser aplicada de oficio si las partes no la invocan. Tal aplicación comprende tres momentos procesales: 1) la determinación del Derecho extranjero a que la norma de Derecho internacional privado remite; 2) la indagación del texto aplicable, dentro del total ordenamiento jurídico extranjero llamado a regir el caso; 3) la interpretación de su

sentido y alcance. Todo ello, en la esfera de los principios, aun cuando las partes no hubiesen alegado el Derecho aplicable o incurrido en error al señalar o interpretar el texto.

Esta es la doctrina dominante entre los autores. La jurisprudencia, por el contrario, se inclina en la mayoría de los Estados a aplicar el Derecho interno, aunque no corresponda hacerlo, según las normas de Derecho internacional privado del propio juez, si las partes han silenciado la procedencia de aplicar un Derecho extranjero.

Las normas de Derecho internacional privado que el legislador quiso investir de valor imperativo, quedan así entregadas al arbitrio de las partes. Unas veces por ignorancia, otras por malicia, el Derecho extranjero declarado competente por la norma de Derecho internacional privado del propio juez podrá no ser alegado por las partes, y el juez, conforme a esta viciosa y extendida jurisprudencia, permanecerá indiferente y pasivo, consagrando la violación de una norma obligatoria de su legislador, que le prescribe aplicar una ley extranjera.

Al amparo de esta inadmisible práctica, ha podido ocurrir que unos esposos cuya ley nacional permite, en principio, la disolución del vínculo pero no la admite por mutuo consentimiento, hayan obtenido de tribunal extranjero una sentencia de divorcio y podido contraer nuevas nupcias, con sólo alegar que su ley consiente el divorcio, y omitir deliberadamente que no lo autoriza por simple voluntad de los cónyuges.

Síguense de aquí numerosos fraudes de ley, y burla de las normas de Derecho internacional privado del propio juez. Todavía más: llégase al absurdo de que, casos idénticos, sean diversamente resueltos en una misma nación, incluso por un

mismo tribunal, según que las partes hayan instado o no, de buena o mala fe, la aplicación del Derecho extranjero competente.

"La doctrina según la cual la ley extranjera es una ley obligatoria y aplicable a determinada relación jurídica, independientemente de la voluntad de las partes -decía Streit en su curso de la Academia de La Haya- parece fundada en la concepción moderna del Derecho internacional privado, que impone al juez el deber de aplicar la ley extranjera competente, reputada igual en principio a la ley indígena. Es la naturaleza misma de las reglas de Derecho internacional privado la que nos conduce a esta conclusión, para nosotros incontestable."

La aplicación de la ley extranjera a que remite la norma de Derecho internacional privado "se impone -dice Arminjon- con la misma fuerza que la de las disposiciones de igual naturaleza de esta legislación. El juez debe, pues, aplicarla incluso de oficio, sin perjuicio de hacerse ayudar, en cuanto sea posible, por la parte interesada. Está obligado a observar las reglas de colisión de su propio derecho. Tal deber no tendría ningún sentido si no se le impusiera juzgar conforme a la ley donde estas reglas le prescriben buscar su decisión. Debe comportarse con esta ley como con la del sistema jurídico de que él es órgano. Si rehusara aplicarla, bajo el pretexto de que la ignora o la comprende mal, cometería una denegación de justicia. Tal es -añade- la opinión sostenida por la gran mayoría de los autores". Aserción que confirma la larga lista de autoridad citada por Darras. (*De la connaissance, de l'application et de la preuve de la loi étrangère,* en el *Journal de Droit International Privé.*)

No deja de haber, aunque en número escaso, leyes y tratados que, ya con carácter facultativo, ya obligatorio, prescriben la aplicación de oficio de la ley extranjera.

El Código procesal alemán de 1898, en su artículo 293, dispone que: "las normas de Derecho escrito o consuetudinario vigentes en un Estado extranjero deben ser probadas *sólo* en cuanto sean desconocidas por el tribunal. Para la aplicación de tales normas, el tribunal no está obligado a limitarse a las pruebas proporcionadas por las partes sino que *puede* valerse también de otras fuentes de información, dictando al efecto las oportunas providencias". La aplicación de oficio tiene según este artículo un carácter facultativo. El tribunal puede indagar por sí la norma extranjera y aplicarla de oficio, aun cuando no hubiere sido alegada por las partes; pero no tiene obligación de hacerlo.

La aplicación adquiere, en cambio, valor preceptivo en la ley federal suiza de 1891, referente tan solo a capacidad, familia y sucesiones. El artículo 2 de esta ley dice: "el juez *está obligado a aplicar de oficio* el Derecho de otro cantón". Norma interregional que el artículo 32 extiende al ámbito internacional privado, cuando dispone que "las disposiciones de la presente ley, son aplicables por analogía a los extranjeros domiciliados en Suiza".

El convenio de Montevideo de 1889, establecía de modo expreso, que la aplicación de las leyes de los Estados contrayentes, será hecha de oficio por el juez que entienda en la causa, sin perjuicio del derecho que asiste a las partes de alegar la existencia y el contenido de la ley invocada. Y el Código de Derecho internacional privado aprobado en la sexta Con-

ferencia panamericana de 1928, confirma este principio: "Los jueces y tribunales de cada Estado contratante—dice—aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios de prueba a que este capítulo se refiere" (artículo 408).

De desear es, y la doctrina debe propugnarlo, que la aplicación de oficio sea establecida en todos aquellos Estados donde hoy existe una jurisprudencia contraria a tal aplicación.

La prueba de la ley extranjera, puede revestir uno de estos dos caracteres: a) el de simple medio coadyuvante, aportado por las partes para mayor ilustración al juez, sin perjuicio de la facultad de éste para procurarse sus propias fuentes de información; b) el de medio exclusivo y tasado, al que, forzosamente y sin posibilidad de propia iniciativa y corrección, ha de atenerse el juez en su sentencia.

De cuanto antes fué dicho, se deduce un juicio favorable al sentido coadyuvante, y adverso al carácter exclusivo de la prueba. La aportación de las partes puede ser un estimable elemento de información, siempre que con ella no se cohiba ni se excluya el contraste directo y la indagación personal del juez.

La alegación por las partes de una ley extranjera, debe ir en todo caso acompañada de la prueba correspondiente. Cualquier medio de prueba es apto a este fin, excepción hecha de la confesión judicial. El más adecuado será la certificación expedida por la autoridad de origen o el dictamen de jurisconsultos de aquella nación, pues la aportación del texto de la ley aún cuando sea en edición oficial y auténtica, puede ofrecer la

duda de si no es la norma que corresponde al caso o si, siéndolo, fué posteriormente derogada y sustituída por otra.

La aplicación de oficio y la prueba de la ley extranjera, van intimamente ligadas al problema que envuelve esta pregunta: la ley extranjera que el juez ha de aplicar ¿es un hecho o un derecho?

La respuesta de la doctrina es casi unánime en el sentido de considerar la ley extranjera como un derecho. El llamamiento que la norma de Derecho internacional privado hace al Derecho extranjero, implica para el juez la misión correlativa de aplicarlo, y para los particulares, el sometimiento forzoso a sus disposiciones, sin que sean lícitas la pasividad en el juez ni la renuncia en los interesados. Trátase de reglas imperativas para todos, y esa es la esencia del Derecho.

Podrá variar la concepción que se tenga de la ley extranjera. Para unos—entre los que me incluyo—será Derecho, en cuanto ley extranjera, y sin perder esa cualidad. Para otros, lo será en cuanto el legislador del juez la ha incorporado a su propia legislación. Mas, incluso esta segunda posición, sostenida por los autores nacionalistas, según la cual—como expone Pacchioni—la ley extranjera es un simple hecho antes de haber sido incorporada, pasa a ser Derecho una vez realizada la incorporación al ordenamiento legislativo del juez.

No es preciso insistir, ni la argumentación presente lo requiere, en la crítica, que ya hicimos, de esta última teoría. Nada importan, al efecto que ahora consideramos, el motivo doctrinal ni el momento positivo que justifican y acreditan la condición de norma jurídica en el Derecho extranjero a que remite la regla de Derecho internacional privado. Ya tenga esa

condición como norma extranjera aplicable al caso, ya la tenga como norma interna en virtud de la incorporación; ya la posea en el territorio del juez a partir del momento mismo en que fué declarada norma competente según las reglas de Derecho internacional privado, ya la adquiera al ser incorporada, la norma en cuestión es, de todos modos, un derecho y no un hecho en el momento procesal de su aplicación al caso concreto que lo requiere. Sobre este punto, la coincidencia entre escuelas tan dispares es absoluta. Después veremos la gran significación de este principio bajo el aspecto forense, especialmente en lo que concierne al recurso de casación.

Análoga coincidencia, pero en sentido inverso, presenta la jurisprudencia de los tribunales en un gran número de Estados, entre ellos España, Francia e Inglaterra.

La jurisprudencia italiana no es uniforme en esta materia. Junto a sentencias en las que se declara que el Derecho extranjero es un simple hecho y puede ser aplicado por el juez únicamente cuando la parte interesada le proporciona la prueba (Turín, 1902; Génova, 1906; Roma, 1908) existen otras en las que se establece la doctrina de que el juez puede y debe aplicar el Derecho extranjero competente para regir el caso, independientemente de la prueba aportada por las partes (Florencia, 1884; Milán, 1907 y 1908).

Una larga serie de sentencias de nuestro Tribunal Supremo (28 de mayo de 1880, 13 de enero de 1885, 26 de mayo de 1887, 6 de noviembre de 1898, 19 de noviembre de 1904, 3 de diciembre de 1926) sientan la jurisprudencia de que las leyes extranjeras son hechos y deben ser probados como tales por la parte que los invoque. Incluso alguna sentencia declaró que

no es necesaria la prueba cuando, invocada la ley extranjera por una de las partes, la otra no la contraría, quedando así aceptado por ambas partes el hecho de estar vigente. La más reciente jurisprudencia española, evoluciona contra esta equivocada tesis.

La jurisprudencia que prevalece en aquellos Estados, según la cual la ley extranjera es un hecho y no un derecho, no resiste a la mas leve crítica. Basta abrir un Código civil, el nuestro o cualquier otro, y leer sencillamente el texto de sus normas de Derecho internacional privado para comprender que el legislador, al remitir a una ley extranjera, la llama *ley*. Así nuestro Código dice: "los bienes inmuebles se regirán por la ley nacional del causante"; "las formas y solemnidades de los actos, contratos y demás instrumentos públicos se regirán por la ley del lugar donde se otorguen". Siempre la llama *ley*, o, lo que es lo mismo, *derecho;* nunca la denomina *hecho* ni de sus palabras ni de su espíritu puede inducirse semejante calificación.

La cuestión que examinamos tiene, como antes apunté, no ya sólo un valor doctrinal y académico, sino una trascendencia práctica y forense.

Tres consecuencias procesales se derivan de considerar la ley extranjera un hecho y no un derecho: 1) la necesidad en todo caso de alegación y prueba aducidas por las partes, para que el juez pueda aplicar el Derecho extranjero; 2) la imposibilidad de aportar nuevas pruebas en la segunda instancia, pues las cuestiones de hecho han de alegarse y quedar totalmente probadas en la primera; 3) la improcedencia del recurso de casación por infracción de ley.

Recordemos que la verdadera razón de considerar la ley

extranjera como un hecho no es otra cosa sino la dificultad práctica de conocerla. Es notorio que esa dificultad, considerable para el juez de primera instancia, disminuye para los magistrados de la Audiencia o Tribunal de apelación que, a su carácter colegiado y a su mayor experiencia en el oficio de juzgar, unen el tener la sede en capitales con más medios informativos, y pasa a ser una dificultad perfectamente superable en los magistrados del Tribunal Supremo o de Casación, que residen en la capital del Estado, donde tienen a su alcance grandes bibliotecas y archivos de consulta, y Centros y Ministerios en los que pueden existir o conseguirse, incluso por vía diplomática, los textos y las interpretaciones usuales de la ley extranjera aplicable al caso controvertido.

Esto no obstante, la responsabilidad de conocer, interpretar y aplicar esa ley se hace recaer exclusivamente sobre el juez de la primera instancia, a quien corresponde esclarecer y fijar los hechos de la litis, y quedan descargados de ella los magistrados de segunda instancia y de casación que se hallan en mejores condiciones de conocer e interpretar el Derecho extranjero y podían eventualmente corregir y remediar cualquier error cometido en el primer escalón judicial. El resultado, como se ve, no puede ser más absurdo.

Bastará con que las partes no hayan alegado la ley extranjera, o no la hayan probado debidamente, para que deje de aplicarse, aun cuando sea la indicada por la norma de Derecho internacional privado. Inversamente, bastará con que aleguen una norma extranjera vigente pero no aplicable al caso, todavía más, una norma inventada, para que, si el juez la da por un hecho probado en la litis, su sentencia sea inatacable y la conculcación del Derecho extranjero competente según la

propia norma de Derecho internacional privado allí en vigor sea definitiva y firme, con escarnio de la justicia y sin posibilidad de apelación ni de recurso.

El Código Bustamante, adoptado por la sexta Conferencia panamericana, contiene a este propósito una norma explícita y adecuada: "En todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o una institución análoga podrá ser interpuesto por violación, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones que si se tratase del Derecho nacional." (Art. 412.)

En Francia existe el recurso de casación por la no aplicación de la ley extranjera, cuando hubiera sido procedente hacerlo en virtud de prescripción expresa de un tratado o de la ley francesa; pero no cabe entablarlo por falsa interpretación de la ley extranjera aplicable. Será suficiente, con este sistema, que la sentencia invoque esta ley, aunque su interpretación sea incongruente con el texto, para que no proceda ya el recurso de casación.

La jurisprudencia española no admite el recurso de casación por infracción ni por inaplicación de leyes extranjeras o de cualquiera de sus preceptos; criterio desacorde con las normas del título preliminar de nuestro Código civil, que preceptúan la aplicación de leyes extranjeras en todos aquellos casos no sujetos al Derecho español.

En el orden procesal, la ley de Enjuiciamiento civil admite el recurso de casación "cuando el fallo contenga violación, interpretación errónea o aplicación indebida de leyes o doctrinas legales aplicables al caso" (art. 1.692). Tal ocurre, con toda evidencia, cuando en el fallo no se aplica la ley extran-

jera declarada competente por nuestras normas de Derecho internacional privado, o cuando esa ley es erróneamente interpretada, o cuando, en vez de ella, se aplican indebidamente al caso las disposiciones materiales de la legislación española destinadas a regir hechos y relaciones de orden puramente interno.

Y no se diga que la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene por principal misión asegurar la unidad de doctrina legal en las decisiones judiciales y que esta unidad afecta tan sólo a la legislación española, pero no a las extranjeras. Desde el momento que las normas de Derecho internacional privado vigentes en España remiten a un Derecho extranjero, ese Derecho debe ser aplicado con criterio uniforme en todos los casos semejantes. A la unidad de doctrina legal en España no puede ser indiferente que nuestros Tribunales, ante casos idénticos, apliquen unas veces y dejen de aplicar otras, o apliquen con criterio diverso, leyes cuya competencia ha sido expresamente prescrita por nuestro legislador. El orden jurídico abarca la totalidad de normas y de casos, así del orden privado interno como del orden privado internacional, y exige que a unos y a otros, se aplique, con unidad de doctrina, el Derecho español o el Derecho extranjero que nuestra legislación ha declarado competente.

La unidad de doctrina legal en la jurisprudencia de un Estado tendrá dos aspectos: 1) El aspecto formal de unidad de las normas de colisión, por virtud de las cuales se regularán con criterio uniforme todos los casos de Derecho internacional privado. 2) El aspecto material o sustantivo de unidad de las normas internas del Derecho extranjero declarado aplicable, por virtud del cual se regirán con criterio uniforme en

el orden civil, mercantil o procesal, todos los casos dependientes de un mismo sistema jurídico.

Si concretamos este razonamiento a la jurisprudencia española, la unidad formal estaría, por ejemplo, en aplicar a toda sucesión la ley nacional del causante, conforme a la norma de Derecho internacional privado que nuestro Código civil contiene en el párrafo segundo de su artículo 10. Y la unidad material o sustantiva consistiría en aplicar con identidad de criterio el Derecho portugués a todas las sucesiones en que el *de cujus* fuere portugués, y el Derecho argentino, el francés, el alemán, el inglés, el italiano o el suizo a todas aquellas sucesiones en que el causante tuviese alguna de estas nacionalidades.

Ninguna merma se ocasiona con ello al Derecho español desde el momento en que el Derecho extranjero se aplica a relaciones no sujetas al nuestro, y el propio legislador español remite a sus disposiciones, por estimarlas más adecuadas para regir la situación jurídica de que se trata.

Si tendemos ahora una ojeada sintética sobre los cinco problemas que sucesivamente hemos considerado en orden a la aplicación de la norma de Derecho internacional privado, observaremos que todos ellos se traducen en una merma efectiva, cuando no en una total exclusión, del Derecho extranjero que la norma de Derecho internacional privado del juez declaró competente y ordenó aplicar.

La restricción aparece, en principio, justificada, aun cuando su alcance pueda a veces ir más allá de lo justo, en materias de orden público internacional y fraude de ley. Se jus-

tifica ya menos en materia de calificaciones, y resulta totalmente inadmisible en la teoría del reenvío y en la equiparación de la ley extranjera a un simple hecho.

Aspiremos a que aquellos excesos se moderen y estas desviaciones se corrijan, para que el Derecho internacional privado cumpla su misión de asegurar al hombre la justicia más allá de las fronteras de su Estado.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

AGO.—*Teoria del Diritto internazionale privato.* Padua, 1934.

ALCORTA.—*Las reglas preliminares del Código americano de Derecho internacional privado.* Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Plata. 1929.

AMERICAN LAW INSTITUTE.—*Restatement on the Law of Conflict of Laws.* Washington, 1926.

ANZILOTTI.—*Studi critici di diritto internazionale privato.* Rocca S. Casciano, 1898.—*Corso di diritto internazionale privato.* Roma, 1928.

ARMINJON.—*Précis de Droit international privé.* Tres tomos. París, 1927-31.

BAR (DE).—*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts.* Hannover, 1889.

BARBOSA MAGALHAES.—*A obra do espanhol Fray Francisco de Vitoria a fundação do direito internacional.* Lisboa, 1928.—*La doctrine du domicile en Droit international privé. Recueil des Cours,* La Haya, 1928.

BARCIA TRELLES (DON CAMILO).—*Francisco Suárez, les théologiens espagnols du XVI siécle et l'école moderne du Droit international. Recueil des Cours,* La Haya, 1933.

BARTIN.—*Principes de Droit international privé.* París, 1930-35.

BEALE. — *A Treatise on the Conflict of Laws.* Tres tomos. Nueva York, 1935.

BELLOT.—*La theorie anglosaxonne des conflicts de lois. Recueil des Cours,* La Haya, 1924.

BEVILAQUA.—*Principios elementales de Derecho internacional privado.*

BOSCO.—*Corso di Diritto internazionale privato.*—Roma, 1939.

BUSTAMANTE.—*Derecho internacional privado.* La Habana, 1931.

CATELLANI.—*Il Diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi.* Dos tomos. Turín, 1895-1902.

CASTRO (FEDERICO DE).—*La cuestión de las calificaciones en el Derecho internacional privado.* Revista de Derecho privado. Madrid, 1933.

CHESHIRE.—*Private International Law.* Oxford. 2.ª ed. 1938.

CONDE Y LUQUE.—*Derecho internacional privado.* Madrid, 1910.

DICEY.—*A digest of the Law of England with reference to the Conflict of Laws.* Londres, 1896. 5.ª ed. 1932.

DIENA.—*Diritto internazionale.* II. *Diritto internazionale privato.* Nápoles, 1917.

DONATI.—*Stato e territorio.* Roma, 1924.

DONNEDIEU DE VABRES.—*L'evolution de la jurisprudence française en matière de Conflicts de lois.* París, 1905.

FEDOZZI.—*Il Diritto internazionale privato. Teorie generali e Diritto civile.* Padua, 1939.

FERNÁNDEZ DE CÓRDOBA (DON GONZALO).—*El "jus gentium" de los romanos y el Derecho internacional privado.* Madrid, 1904.
FERNÁNDEZ PRIDA.—*Derecho internacional privado.* Valladolid, 1896.
FIORE.—*Diritto internazionale privato.* Turín, 1888.
FOOT.—*Private international jurisprudence.* 5.ª ed. 1925.
FRANKENSTEIN.—*Internationales Privatrecht.* Berlín-Grünewald. Tomo I, 1926; tomo II, 1929.—*Tendences nouvelles du droit international privé. Recueil des Cours.* La Haya, 1930.
GESTOSO Y ACOSTA.—*Curso de Derecho internacional privado.* Valencia, 1900.
GESTOSO Y TUDELA.—*Derecho internacional público y privado* (ajustado a las oposiciones para la judicatura) Madrid, 1928.
GOLDSCHMIDT.—*La consecuencia jurídica de la norma del Derecho internacional privado.* Barcelona, 1935.
GUTZWILLER.—*Internationalprivatrecht.* Berlín, 1930. — *Le développement historique du Droit international privé. Recueil des Cours.* La La Haya, 1929
JITTA.—*La méthode du Droit international privé.* La Haya, 1890.
KAHN.—*Über Inhalt, Natur und Methode des internationalen Privatrechts.* Jherings Jahrb, XL, 1899, S. 1.
KUHN. — *International Civil and Commercial Law.* Londres y Nueva York, 1905.—*La conception du Droit international privé d'après la doctrine et la pratique aux Etats-Unis. Recueil des Cours.* La Haya, 1929.
LAINÉ.—*Droit international privé.* París, tomo I, 1888; tomo II, 1892.
LASALA.—*Sistema español de Derecho civil internacional e interregional.* Madrid, 1933.
LEREBOURS-PIGEONNIÉRE.—*Précis de Droit international privé.* París, 1928.
LEWALD.—*Das Deutsche internationale Privatrecht.* Leigzig, 1931.
LISZT.—*Das Völkerrecht systematisch dargestellt.* Berlín, 1925.
LORENZEN.—*Cases on the Conflict of Laws, selected from the Decisions of English and American Courts.* San Pablo (Estados Unidos), 1937.—*Droit international privé des Etats-Unis d'Amerique.* Repertoire du Droit international de Niboyet, tomo VI.
MAKAROV.—*Die quellen der internationalen Privatrecht.* Berlín, 1929.
MASSÉ.—*Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit de gens, et le Droit civil.* París, 1874.
MATOS.—*Curso de Derecho internacional privado.*—Guatemala, 1922.
MEILI.—*Lehrbuch des Internationalen Strafrechts und Strafprozessrechts.* Zürich, 1910.
MORELLI.—*Lezioni di Diritto internazionale privato.* Padua, 1941.
NEUMEYER.—*Internationales Privatrecht,* en *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft,* Hrsg. E. Kohlrausch u. W. Kaskel, XV. Berlín, 1923.
NIBOYET.—*Manuel de Droit international privé.* París, 1928.
NIEMEYER.—*Das internationale Privatrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches.* Berlín, 1901.
NUSSBAUM.—*Deutsches internationales Privatrecht.* Tubinga, 1932.
OLIVI.—*Diritto internazionale privato.* Milán, 1934.
ORÚE.—*Derecho internacional privado español.* Madrid, 1928.

PACCHIONI.—*Diritto civile italiano*. Parte I, tomo II.—*Diritto internazionale privato*. Padua, 1935.
PILLET.—*Traité pratique de Droit international privé*. Dos tomos. París, 1923-24.—*Mélanges*. París, 1929.
PLAZA (MANUEL DE LA).—*La casación civil*. Madrid, 1944.
RAAPE.—*Internationales Privatrecht*. Munich, Berlín y Leipzig, 1931.
ROMANO.—*L'ordinamento giuridico*. Pisa, 1918.
SAVIGNY.—*System des heutigen römischen Rechts*. Tomo VIII, 1849.
SELA.—*Derecho internacional privado* (ajustado al programa de oposiciones para Notarías). Madrid, 1923.
STORY.—*Comentaries on the Conflict of Laws*. I. ed. Boston, 1834; VIII ed. Boston, 1883.
TORRES CAMPOS.—*Principios de Derecho internacional privado o Derecho extraterritorial de Europa y de América en sus relaciones con el Derecho civil de España*. Madrid, 1883.—*Elementos de Derecho internacional privado*. Madrid, 1893.
TRÍAS DE BES.—*Derecho internacional privado. Sistema del Derecho español positivo*. Barcelona, 1939.—*Conception du Droit international privé a aprés la doctrine et la practique en Espagne. Recueil des Cours*. La Haya, 1930.—*Règles générales des conflicts de lois. Recueil des Cours*. La Haya, 1937.
Recueil des Cours. La Haya, 1923.
TRIEPEL.—*Les rapports entre le Droit interne et le Droit international. Recueil des Cours*. La Haya, 1923.
VAREILLES SOMMIERS.—*La synthèse du Droit international privé*. París, 1900.
VERDROSS.—*Le fondement du Droit international. Recueil des Cours*. La Haya, 1927.
VIGNY.—*Essai sur le Droit international privé américain*. París, 1932.
VITORIA (FRAY FRANCISCO DE).—*Relecciones teológicas*. Ed. crítica por el P. Getino. Publicaciones de la "Asociación Francisco de Vitoria". Madrid, 1934.
VITORIA ET SUAREZ.—*Contribution des théologiens au Droit international moderne*. Prólogo de J. Brown Scott. Introducción de Ives de la Brière. Publicado por la "Asociation International Vitoria-Suárez" con el concurso de la Dotación Carnegie para la paz internacional. París, 1939.
WALZ.—*Völkerrecht und Staatliches Recht*, 1933. *Les rapports du droit international et du droit interne. Recueil des Cours*. La Haya, 1937.
WALKER.—*Internationales Privatrecht*. Viena, 1926.
WEIS.—*Traité theorique et practique de Droit international privé*. París, 1907.
WESTLAKE.—*A treatise on private international Law*. VII ed. Londres, 1925.
WHARTON.—*A treatise on the Conflit of Laws or Private International Law*. Filadelfia, 1872. 3.ª ed. 1905.
WOLFF.—*Internationales Privatrecht*. Berlín, 1933.
YANGUAS MESSÍA.—*Lecciones de Derecho internacional privado*. Madrid, 1930.
ZITELMANN.—*Internationales Privatrecht*. Leipzig, tomo I, 1897; tomo II, 1912.

INDICE

INTRODUCCION

TEORIAS GENERALES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CODIFICACIONES CIENTIFICAS Y POSITIVAS

LA NORMA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

APLICACION DE LA NORMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO