

Parte sexta. Cómo han de encontrarse las reglas de vinculación . . .	228
Parte séptima. Cómo obran las reglas de vinculación . . . . .	232
Parte octava. Límites generales de la eficacia de las normas de vincu- lación . . . . .	264
Parte novena. Circunstancias de vinculación . . . . .	272

cho positivo no debemos concretarnos a estudiar lo que debería ser, sino que necesitamos estudiar forzosamente lo que realmente es, lo que existe, investigando su finalidad y las causas de su existencia. Presenta el caso que tratamos características distintas. En el sistema cuya ley se ha señalado para resolver el caso, existe la norma de solución, por lo tanto el reenvío no puede aceptarse.

En el capítulo siguiente hemos de ver la manera cómo ha de procederse para encontrar las reglas de vinculación en un sistema de derecho.

## PARTE SEXTA

### CÓMO HAN DE ENCONTRARSE LAS REGLAS DE VINCULACIÓN

Hemos señalado ya la necesidad de resolver los problemas de derecho internacional privado por medio de un examen de la ley en el orden que constitucionalmente le corresponde y hemos mostrado la necesidad de abandonar toda idea propiamente internacional para desarrollar nuestra acción dentro de los límites del derecho interno.

Ahora bien, la regla de vinculación, como toda norma jurídica, está compuesta de dos elementos: una hipótesis y la acción que la autoridad debe ejecutar cuando la hipótesis se realice.<sup>68</sup>

Los casos de conflictos de leyes pueden ser de tal manera multiplicados que el legislador se ve obligado a escoger entre la multitud de circunstancias las más importantes, las que pueden comprender un mayor número de hechos para señalar los supuestos en que deben obrar las reglas de la vinculación.

Todas las legislaciones contienen algunas reglas para resolver los conflictos de leyes, encontrándose entre casi todas las leyes comunes de cada sistema. Últimamente ha venido acentuándose la tendencia hacia la codificación en leyes especiales de las reglas de la vinculación, pudiéndose citar la Ley de 5 de diciembre de 1929 de Finlandia y mereciendo especial mención las disposiciones del proyecto de Código Civil de Rumania, en cuyo capítulo segundo, que consta de 62 artículos, se contienen amplias reglas en materia de derecho internacional privado.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> La terminología alemana que trata de poner siempre la palabra justa a cada concepto, establece en la norma la distinción entre *tatbestand* (estado de los hechos) y *rechtsfolge* (consecuencia de derecho enunciada por la norma).

<sup>69</sup> Ver texto de las disposiciones en *Revue de Droit Internationale Privé*, xxviii 1980, pp. 163 y ss.

A pesar de la extensión que pueda darse a una ley dedicada de manera exclusiva a estos problemas del derecho es imposible preverlos todos y tenemos necesidad de recurrir con frecuencia a los principios generales del derecho.

El escaso número de hipótesis previstas por el legislador para las reglas de vinculación ha sido en gran parte causa de la tendencia jus-naturalista y de su pretensión de hacer, por medio de la jurisprudencia, un derecho internacional privado uniforme.

¿Es posible jurídicamente realizar esa idea? ¿Cómo debe procederse en el caso de silencio de la ley? ¿Cómo han de encontrarse las reglas de vinculación al examinar los principios generales del derecho?

Estos puntos de gran importancia, son los que hemos de estudiar en el presente capítulo.

Hemos de hacer constar que para la exploración que hemos de hacer es necesario emplear los mismos medios que se usan cuando es preciso recurrir a los principios generales de derecho, ya que las reglas de vinculación son por su naturaleza idénticas a las demás normas jurídicas, aun cuando sea distinta su finalidad.

Como hemos dicho, la ley extraña no puede tener eficacia dentro del dominio de un sistema jurídico si no es por la importación o incorporación que de ella haga el legislador de este sistema, por pensar que, en interés de una buena administración de justicia, esta legislación extranjera es la que mejor conviene para la relación de derecho de que se trata. Él se apropia esta legislación, la hace suya.<sup>70</sup>

Hemos dicho que el juez no tiene autoridad suficiente para verificar esa incorporación, ya que la misión del juez se ha de limitar a analizar la relación de derecho y aplicar la ley.

Para los casos no previstos, el juez, en consecuencia de la disposición contenida en muchas de las legislaciones, como en la nuestra, debe recurrir a los principios generales de derecho para resolver los casos que se le presenten y sobre los cuales no haya ley expresa. Pero para que la incorporación de la ley extranjera tenga validez, para que esa ley pueda aplicarse como tal por el juez, es preciso que al recurrir a los principios generales de derecho obre apegado a la más estrecha lógica. Por esto dedicamos a este punto un espacio propio, que no hemos encontrado en los tratados más comunes de derecho internacional privado.

Se nos presenta, desde luego, la pregunta fundamental: ¿Qué debemos entender por principios generales del derecho?<sup>71</sup> Muchas han sido las

<sup>70</sup> Renault, *Journal Clunet*, 1901, pp. 920.

<sup>71</sup> Sobre este punto ver principalmente: Clemente de Diego, Felipe, *Método en la aplicación del derecho civil. Los principios generales del Derecho*"; *Revista de Derecho Privado* 1916; Montemayor, J., *Il principe generali del diritto*; Mazzoni, Pacifici, *Istituzione di diritto civile italiano* 1903, pp. XLII y ss. y 81 y ss.; Fiore, *Delle disposi-*

tesis expuestas sobre lo que ha de entenderse por principios generales del derecho; pero las más aceptadas han sido la tesis jusnaturalista, que sostiene que por principios generales del derecho hemos de entender los principios del derecho natural, y la tesis positivista que sostiene que tales principios son aquellos que informan un sistema cualquiera de derecho positivo.

Tiene un mayor número de adeptos la tendencia positivista, tal vez porque como dice Del Vecchio: "la negación del derecho natural se considera todavía generalmente como un indispensable acto de fe y casi un deber de buena crianza para el jurista."<sup>72</sup>

No obstante eso, es nuestro deber analizar las dos tendencias y no juzgar *a priori*, por razones de un orden diverso al jurídico.

La mayor parte de los tratadistas de derecho internacional privado proponen de una manera general establecer las reglas de vinculación en los casos no previstos expresamente, teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas,<sup>73</sup> o la naturaleza de cada uno de los elementos que en una relación intervienen,<sup>74</sup> o seguir las reglas generales, designadas así y entendiéndolo por tales las que ellos juzgan más adecuadas.<sup>75</sup> Por el contrario, para otros autores es necesario tener en cuenta la relación de que se trata y la legislación del sistema de derecho en que el problema se presenta.<sup>76</sup>

A nuestro juicio, el campo de los principios generales del derecho, cualquiera que sea la tendencia que se utilice en su busca, ha de tener una barrera. Un sistema de derecho, cualquiera que sea, "debe constituir un organismo lógico... capaz de suministrar una norma, no ambigua y menos aun contradictoria, para toda posible relación..."<sup>77</sup>

Ya dentro de ese límite encontramos la lucha entre los principios generales deducidos de los conceptos de justicia, de equidad, en general de principios éticos, y los principios generales obtenidos por el proceso lógico de generalización de las normas positivas y la inducción de los principios generales así fijados al caso particular.

La lucha ha sido guiada por los grandes maestros europeos, contando el jusnaturalismo con defensores ilustres, como Del Vecchio, y con contradictores no menos sabios como Kelsen, Scherier y Husseler.

*zione generali sulla pub. appl. ed. art. delle leggi, 1886-1887, pp. 572 y ss.; Coviello, Manuali di Dir. Civ. It. (parte general), pp. 119 y ss. y 186 y ss.; Del Vecchio, G., op. cit. supra nota 75.*

<sup>72</sup> Del Vecchio, *op. cit. supra* nota 75, pp. 4 y 5.

<sup>73</sup> Orúe, *Manual de derecho internacional privado español*, 1928, p. 227; en el mismo sentido V. Bar, Olive.

<sup>74</sup> *Op. cit. supra* nota 8, N<sup>o</sup> 337, 378.

<sup>75</sup> *Op. cit. supra* nota 6, 1928, p. 465. En el mismo sentido Pillet y Zitelmann.

<sup>76</sup> *Op. cit. supra* nota 27, t. I, p. 40.

<sup>77</sup> Del Vecchio, G., *Los principios generales de derecho*, p. 17.

Nos han parecido de mayor peso los razonamientos de los positivistas, particularmente por lo que a las reglas de vinculación se refiere.

Teniendo el juez obligación de aplicar la ley extranjera sólo cuando el legislador lo ordene, pues de otra manera la ley extraña no tiene eficacia normativa, el juez que se encuentra con casos imprevistos por el legislador tiene que colocarse en su lugar y tener en cuenta precisamente el ánimo que inspiró al legislador para establecer las reglas positivas que encuentra en su legislación.

Tiene el juez que hacer esa labor, en su carácter de autoridad establecida para aplicar la ley, no para crearla. No puede el juez ponerse en el lugar del legislador y crear el derecho positivo. El juez sólo aplica el derecho positivo, en aquellos casos no previstos por disposición de la ley, tiene que recurrir a los principios generales del derecho que adquieren fuerza de ley por la general disposición del legislador.

Tiene entonces el juez que examinar cuáles fueron los principios generales del derecho que recibieron autoridad de ley, cuáles fueron los principios que el legislador tuvo en su mente al legislar y quiso autorizar como reglas supletorias para los casos no previstos.

Buscarlos dándolos por supuestos como pretende la escuela jusnaturalista, nos parece peligroso y hasta lógicamente imperfecto.

No hay que dar por supuesto ningún principio general. El juez debe partir de la realidad que encuentra en la ley escrita y partiendo de ella debe seguir un proceso lógico de generalización creciente, hasta comprender dentro de lo general el caso que se presenta y aplicar luego esa regla.

Se objeta por los defensores de la tesis contraria, la igualdad de valor lógico de los procesos inductivos y deductivos, tratando de demostrar la utilidad del proceso de deducción de lo general a lo particular.<sup>78</sup>

No creemos suficiente la objeción por estimar que para el proceso deductivo pueda tener fuerza legal obligatoria, sería necesario comenzar el razonamiento partiendo de un principio cuya consonancia con la ley escrita fuera indudable, y teniendo la certeza de que tal principio ha sido aceptado por el derecho positivo.

Para obtener esa certidumbre, es necesario, o bien partir de un principio general del derecho escrito, o seguir el procedimiento inductivo que hemos señalado.

Se puede objetar igualmente al proceso que aceptamos que hay casos en que no se encuentra principio general alguno apropiado si se sigue el proceso inductivo porque la relación analizada no presente circunstancia alguna análoga a las previstas.

Tampoco creemos que pueda tener fuerza este razonamiento porque la generalización creciente puede llegar hasta los principios que pudié-

<sup>78</sup> *Idem*, p. 19.

ramos llamar primarios, dentro de los cuales forzosamente se encontrarán comprendidos todos los problemas jurídicos. Que la tarea sea difícil no quiere decir que no sea útil y mucho menos que no sea lógica.

En consecuencia debemos desechar toda idea de libertad del juez para aplicar los principios que estime convenientes, y aún más, debemos considerar que el juez, en su calidad de autoridad, no puede sino cumplir con la ley y con los principios generales de su legislación.

De este modo, al buscar en un caso de derecho internacional privado la regla aplicable, debemos seguir el orden lógico marcado por la ley constitutiva del sistema jurídico en que se presente el caso: es decir, ley constitucional, tratados internacionales (considerados de acuerdo con la escuela monista como parte del derecho estatal), leyes derivadas de la constitución, y, para los casos no previstos, hemos de recurrir a los principios generales de ese sistema por el método analógico o de generalización.

## PARTE SÉPTIMA

### CÓMO OBRAN LAS REGLAS DE VINCULACIÓN

Hasta aquí hemos visto la imposibilidad de aplicar una ley fuera del sistema jurídico que la ha creado, por su propio imperio; hemos visto cómo es necesario que la ley extraña reciba un nuevo vigor para ser aplicada por autoridades extrañas a su sistema, y hemos determinado la manera de encontrar en la legislación las reglas de derecho internacional privado o de vinculación.

Para seguir ordenadamente el desarrollo de la materia, hemos de ver cuáles son los efectos de las reglas de vinculación, siéndonos necesario dividir nuestra tarea para la mejor comprensión de las ideas que hemos de exponer.

Es necesario estudiar por separado el modo de obrar de las reglas de vinculación, comprendiendo de manera general estos tres problemas: 1º Modo de aplicación de la ley extranjera; 2º normas de la ley extranjera que han de aplicarse, o sea el problema conocido en derecho internacional privado con el nombre de "reenvío", y 3º la irretroactividad de las reglas de vinculación. Estudiaremos en los capítulos que seguirán a éste, las circunstancias que pueden motivar la aplicación de las reglas de derecho internacional privado, de una manera general, y por último las excepciones que pueden lógicamente presentarse a la actuación normal de las reglas de vinculación.

## MODO DE OBRAR DE LAS REGLAS DE VINCULACIÓN

*Modo de aplicación de la ley extranjera*

De gran importancia son los problemas que la aplicación de la ley extranjera presenta al juez y consecuentemente es necesario que dediquemos toda la atención y la amplitud necesarias a esta parte de nuestro estudio.

Si la regla de derecho, entendida como disposición general, liga a la realización de determinados acontecimientos una acción del Estado, no puede ser otra cosa la regla de vinculación. La realización de determinados acontecimientos tiene como consecuencia la aplicación de determinadas leyes extrañas. ¿Cómo han de aplicarse? ¿Debe considerarlos el juez como hechos? ¿Debe considerarlas el juez como derecho? ¿Cómo llega el juez al conocimiento de la ley extranjera? ¿Es preciso que las partes la prueben? ¿Debe el juez interpretar libremente la ley extranjera o debe recurrir a la interpretación dada en su sistema de origen? ¿La no aplicación o la inexacta aplicación de la ley extranjera puede agravar a las partes?

Estos problemas se encuentran íntimamente ligados con otros muchos; pero siendo los fundamentales, debemos concretar a ellos nuestro estudio.

Pillet estima que puede haber dos maneras de aplicar la ley extranjera: directamente, cuando el juez falla un negocio teniendo en cuenta las disposiciones de un derecho extraño; e indirectamente, cuando da ejecución a una sentencia extranjera.

La sentencia no es sino la norma jurídica en su exposición particular, no es por tanto una aplicación indirecta de la ley extranjera, porque considerada así sería preciso también aceptar que al aplicar una ley cualquiera se daba aplicación indirecta a las leyes de una mayor generalidad hasta llegar a la ley constitutiva que establece la producción de la norma jurídica en el Estado.

Debemos estudiar el caso de una manera uniforme, en la inteligencia de que las resoluciones que propongamos a los problemas que hemos planteado, serán idénticas si se toma en cuenta la división que hace Pillet o si no se toma en cuenta.

La ley extranjera, a pesar de ser una ley, no puede considerarse de una manera general como derecho, hemos dicho ya que el Estado tiene necesidad de reconocer la existencia de leyes extranjeras, como tiene la necesidad de reconocer la existencia de un país geográficamente delimitado y de un orden estatal que no puede concebirse sin leyes.

La ley extranjera no forma, normalmente, parte del derecho de un sistema determinado y por esto puede considerársele ordinariamente como

un hecho, como lo hacen Foelix, Demaugeat y Westlake entre otros muchos autores. A pesar de que haya sido "preparada, promulgada y publicada con objeto de manifestar su existencia"<sup>79</sup> ha de tenerse en cuenta que eso es sólo en los límites del Estado en que se dicta; pero no afuera.

Ahora bien, en el caso en que por una disposición del legislador de su propio sistema, el juez deba aplicar la ley extranjera, se presentan al juez estas preguntas: ¿Ha de aplicar la ley extranjera como un hecho de cuya realización depende su actuación?, o bien, ¿ha de aplicarla como ley?

Aunque a primera vista es indiferente la solución que a este problema se encuentre, tiene primordial importancia, pues de él derivan los demás que hemos planteado y primariamente éste: si la ley extranjera debe ser considerada como un hecho, el juez no puede aplicarla de oficio, sino que la aplicará sólo a petición de parte.

Arminjon, Valery, Orúe y otros muchos autores dan por demostrado que existe una incorporación de la ley extranjera por el hecho de existir una regla de vinculación; pero a nuestro juicio es necesario demostrar que tal incorporación existe.

Puede argumentarse contra tal idea que la norma jurídica es una orden hipotética cuya actuación depende de la realización de hechos determinados previamente. El legislador al establecer que determinadas relaciones han de conformarse a la legislación de tal o cual sistema jurídico extraño, no hace sino aumentar el número de las condiciones necesarias para que la autoridad estatal actúe en tal o cual sentido. Declara obligado al deudor cuando ha celebrado un contrato y ese contrato ha reunido las condiciones de forma que exige la ley del lugar en que se celebró. El que la ley extranjera señale determinados requisitos para la validez externa del negocio, viene a ser un hecho a cuya realización supedita el legislador la actividad de las autoridades del sistema en tal o cual sentido.

A nuestro juicio, tal argumentación es insuficiente, como lo demuestra el estudio del contenido de la norma jurídica. No todas las normas jurídicas señalan directamente una actividad del Estado, existen además en todo sistema legislativo normas que señalan las condiciones de formación de las relaciones sancionadas por la ley, normas que pudiéramos llamar de constitución de la hipótesis. Ahora bien, el sistema jurídico, al señalar que una hipótesis debe realizarse en la forma que establece la ley extranjera, hace a esa ley competente para reglamentar la hipótesis. La ley extranjera, considerada de una manera general, que no puede ser sino un hecho para el juez, viene a convertirse en voluntad del Estado cuando existe una regla de vinculación que la declara aplicable. Es en consecuencia ley la extranjera, en el caso en que el legislador quiere que se

<sup>79</sup> *Op. cit. supra* nota 8, p. 592.

aplique, como sería ley la opinión de algún tratadista que se declarara aplicable en determinado caso.

Además, si el legislador ha ordenado en la regla de vinculación que la autoridad actúe en la forma o cuando se realicen las condiciones previstas por la ley extranjera, el juez no puede actuar de otro modo si se ha establecido que un acto jurídico realizado en el extranjero debe llenar para su validez extrínseca las condiciones de forma prevista por la ley del lugar en que se realizó, el juez no puede juzgar de la validez extrínseca de ese contrato sino de acuerdo con esa ley extranjera. Que las partes pidan o no la aplicación de la ley extranjera, debe ser indiferente para el juez; como autoridad estatal no puede ejercer su actividad sino en la forma y términos que determine la ley; habiendo señalado su ley propia la aplicabilidad de la ley extranjera, debe el juez aplicarla aun cuando las partes no lo soliciten, por ser esa ley la única que puede determinar las condiciones o la forma en que el juez debe entrar en actividad.

La ley extranjera presenta ante el juez características especiales. Normalmente es un hecho cuya existencia conoce el juez; pero es generalmente un hecho indiferente al mismo. Tiene para el juez el carácter de norma jurídica cuando la hipótesis de la regla de vinculación se realiza y en ese caso debe aplicar la ley del sistema jurídico extraño como ley, como precepto jurídico. Puede eventualmente ser el hecho del cual depende la actuación de una norma jurídica en el caso en que la autoridad que la dicta sea a su vez parte ante el juez, como sucede entre nosotros en el caso de juicio de amparo;<sup>80</sup> pero este caso no queda dentro del contenido de la materia que estudiamos.

Para el derecho internacional privado, la ley extranjera debe ser considerada como hecho en tanto no se realiza el supuesto de la regla de vinculación que la señale como aplicable. Realizado el supuesto, la ley extranjera debe ser considerada como derecho y aplicada de oficio por el juez.

Queda únicamente por aclarar si la aplicación de una ley extranjera depende de la petición de parte porque esta petición sea un supuesto cuya realización sea necesaria para la aplicación de la ley competente extranjera.

Una vez que las partes han provocado la acción de la autoridad estatal pidiendo su declaración como base de ejecución o la ejecución misma de una determinada actividad, la autoridad está obligada a obrar si el caso reúne los requisitos previstos por la ley. Las partes pueden dejar de invocar las leyes que sean aplicables al caso; pero el juez se ve forzosamente llevado a investigar la ley que en el caso corresponda aplicar para

<sup>80</sup> Existe la discusión sobre si la ley inconstitucional es o no ley. A nuestro juicio es ley, no sólo en cuanto a su forma, sino también en cuanto a su contenido.

cumplir debidamente su misión. Si se presenta al juez un acto jurídico realizado en el extranjero y una de las partes alega la nulidad de ese acto por falta de forma, invocando la ley del juez, éste al estudiar el negocio debe encontrar la disposición de su ley que consagra la regla *locus regit actum* y forzosamente tendrá que declarar aplicable la ley extranjera a las condiciones extrínsecas de validez del acto. La situación del juez en presencia de una relación jurídica, sea que se trate de una mera declaración o de una ejecución, tiene que limitarse a apreciar si los hechos que las partes presentan como fundamento de su petición son la condición que la ley supone para su actuación. Comprobados los hechos, tiene lógicamente la imperiosa necesidad de actuar como su ley le indique. Si esa indicación la da directamente su propia ley o la da indirectamente señalando la ley extranjera aplicable, debe ser indiferente para el juez, puesto que tanto una causa como la otra representan para él la única forma en que puede obrar como autoridad estatal: la voluntad del Estado.

Más amplia discusión y mayor número de opiniones y de estudios ha traído el problema relativo al conocimiento de la ley extranjera.

Las diferentes opiniones emitidas en cuanto a la función del juez en esta materia pueden reducirse a tres teorías principales:

1º Los que sostienen que la ley extranjera debe considerarse como hecho, como elemento de facto de la controversia (*res facti*) tienden a establecer que para su aplicación debe probarse por la parte que la invoca. La aplicación de la ley extranjera es un beneficio para quien la invoca, es una posibilidad de excepción a la regla general que ordena al juez la aplicación constante de las reglas de su propio sistema. La parte que se beneficia puede renunciar a la aplicación de la ley extranjera absteniéndose de invocarla y probarla debidamente, como puede renunciar a las consecuencias legales de un hecho, que siéndole benéfico, no invoque o no pruebe. La ley extranjera será aplicable por el juez sólo en tanto la parte interesada lo haga de su conocimiento. Si la demostración es suficiente, el juez aplica la ley extranjera; si no lo es, presume la ley extranjera igual a la propia y aplica ésta. El papel del juez es enteramente pasivo; no tiene que hacer esfuerzo alguno, si no es apreciar el valor de las pruebas rendidas por las partes.

Su comodidad ha hecho que tal tendencia sea aceptada por los tribunales de muchos países, especialmente Francia e Italia y en nuestras leyes tiene carácter de permanente. En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal del año de 1932, encontramos el artículo 284 que lo consagra. (Hemos de ocuparnos de él más extensamente adelante.)

Los fundamentos doctrinales de que parte esa teoría falsean de una manera absoluta el concepto de la regla de vinculación del reconocimiento

del derecho extranjero y podemos decir de una manera categórica que es inadmisibile. La dificultad práctica que puede presentarse a los jueces para llegar al perfecto conocimiento de la ley extranjera aplicable no puede autorizarnos a considerar tal conocimiento abandonado a la apreciación arbitraria de las partes y a su voluntad comúnmente interesada, ni a considerar la ley extranjera aplicable como hecho.

Hemos dicho ya que la regla de vinculación se impone al juez, según dice Walker,<sup>81</sup> “por ser normas de derecho idénticas a las demás normas del derecho interno y sujetas por lo mismo a idéntico tratamiento”. Un mandado del Estado que no se presenta imperativamente al juez para marcar la manera como ha de ejercer su actividad en tanto es un órgano del Estado mismo. La ley establece que en un caso determinado debe aplicarse el derecho extranjero, el juez no puede aplicar sino su derecho propio y por ello es preciso que considere la ley extranjera aplicable en el caso como parte de su propia legislación. No es el juez sino el órgano del Estado y “traicionaría su función si se sustrae a la aplicación de la ley extranjera con el pretexto de que las partes no le han proporcionado la prueba necesaria”.

Hemos dicho que en la aplicación del derecho extranjero no puede considerarse la ley extraña como hecho, sino como derecho, y, si hemos dejado establecido que el juez está obligado a aplicar de oficio la ley extranjera, con mayor razón tendremos que admitir la necesidad de que el mismo juez, de oficio, busque por todos los medios a su alcance el conocimiento, tan amplio como sea preciso, de la ley extranjera que tiene obligación de aplicar.

Además es peligroso dejar en manos de las partes y a su arbitrio, el proporcionar la prueba de la ley extranjera, pues frecuentemente puede darse el caso de que la parte interesada pruebe sólo un aspecto falso del problema que se le presenta.

2º La ley procesal alemana señala un término medio. Establece que el juez está autorizado, pero no obligado, a procurarse —de oficio— el conocimiento de la ley extranjera aplicable.

Este concepto es un poco menos brusco que el que hemos criticado; sin embargo, no es menos falso. Parece dar al juez gran libertad para decidir si las pruebas de las partes son suficientes o no y para poder utilizar cualquier otro medio de información. Sunous<sup>82</sup> hace ver que el *rechtericht* había afirmado que las leyes extranjeras debían considerarse como verdaderas leyes, no como hechos, y que el juez no podía limitar arbitrariamente la prueba de una ley extranjera, sino que tenía el deber de informarse espontáneamente y del modo más completo, de la ley ex-

<sup>81</sup> Citado por Cavaglieri, en *Op. cit. supra* nota 57, p. 86.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

tranjera que la norma local de conflicto impone como aplicable. En caso contrario la casación procedería contra la sentencia.

3º El único criterio que puede considerarse jurídicamente lógico es el que impone al juez la obligación de buscar de oficio los elementos que le sean precisos para un conocimiento absoluto de la ley extranjera aplicable. Así lo hace la Ley Federal suiza de 1891. El proyecto de Código civil rumano en sus artículos 71 y 72 establece que el juez debe aplicar, de oficio, la ley extranjera competente, invitando a la parte a probarla, y en el caso de que la investigación suponga un mayor tiempo que el necesario para resolver el caso, debe suponer el juez que la ley extranjera es idéntica a la propia, poniendo en evidencia la última de las disposiciones como notoriamente antijurídica en vista de lo establecido en la primera.

Podemos llegar a fijar de manera absoluta que el juez tiene ineludible obligación de cumplir los mandatos del legislador (voluntad del Estado) en tanto que es un órgano encargado de cumplirlos.

La regla de vinculación expresa o tácita es un mandato al juez, cuyo cumplimiento no puede eludir. Tiene en consecuencia el deber de aplicar, de oficio, la ley extranjera cuando los acontecimientos que supone la regla de vinculación se encuentran realizados y consecuentemente tiene obligación de aplicar la ley extranjera aun cuando las partes no rindan las pruebas necesarias. Es decir, el juez tiene la obligación de allegarse los elementos necesarios para el conocimiento de la ley extranjera cuando una regla de vinculación le mande aplicarla.

¿Cuál es la situación del juez del Distrito Federal en presencia de la disposición del artículo 284 del Código de procedimientos civiles?

Existen en la ley procesal los artículos 278 y 279 que señalan la labor general del juez "para conocer la verdad sobre los puntos controvertidos" autorizando al juez para decretar cualquier diligencia "para el conocimiento de la verdad sobre los puntos cuestionados".

El artículo 281 establece como único deber de las partes "probar los hechos constitutivos" respectivamente de la acción o de la excepción.

Por su parte el artículo 284 dice textualmente: "Sólo los hechos están sujetos a prueba; el derecho lo estará también cuando se funde en leyes extranjeras o en usos, costumbres o jurisprudencia". Este artículo no impone deber alguno a las partes o al juez; por el contrario, del artículo 281 que establece el *deber* de probar los hechos, el 284 parece establecer sólo la *posibilidad* de probar el derecho en los casos que señala. Esta interpretación estaría de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 278 y 279 que imponen al juez el deber de procurarse de oficio el conocimiento de la verdad. Si el juez tiene libertad de proporcionarse los elementos que requiera la resolución justa del negocio y las partes no tienen el *deber* de probar la ley extranjera, podemos establecer que, de acuerdo con nues-

tra ley procesal las partes y el juez *pueden* hacer del derecho sujeto de prueba, presentar o hacer traer el juicio los elementos necesarios para el conocimiento de la ley extranjera; pero *no estén las partes obligadas a probar la ley exiranjera* cuando ésta sea aplicable.

La anterior interpretación no puede ser más apegada a las nociones generales que acabamos de exponer y aún de acuerdo con la ley misma resulta evidente, si se mira que la ley extranjera está colocada en igualdad de condiciones que la jurisprudencia, que indudablemente tiene el juez obligación de conocer, aun cuando las partes no le proporcionen los necesarios elementos.

Para los casos en que es necesario probar la ley extranjera, nuestros tribunales admiten tanto la declaración bajo protesta de peritos en la ley, como documentos oficiales legalizados de los gobiernos extranjeros.

Se nos presenta ahora el problema de la interpretación de la ley extranjera, siendo dos las preguntas que hemos de resolver: a) Al aplicar la ley extranjera, ¿debe el juez interpretarla o está obligado a seguir la interpretación que a la ley hayan dado las autoridades del sistema jurídico extraño del que la ley forma parte?; b) ¿Es procedente recurrir una resolución por inexacta aplicación de la ley extranjera?

a). El problema de la interpretación de la ley extranjera se presenta con frecuencia y es preciso ver si el juez que aplica la ley importada puede interpretarla objetivamente.

Desde luego se presentan dos casos en que es imposible aceptar la posibilidad de interpretación por el juez que conoce del negocio:

1º Cuando al dictarse la ley que se va a aplicar, el mismo legislador que la ha dictado ha señalado la interpretación que debe darse a su ley. Forzosamente debe seguirse la interpretación que da el legislador mismo. No sucede lo propio si autoridades que no sean el legislador o que no estén autorizadas para interpretar la ley expresamente, dan su opinión sobre determinada manera de aplicar la ley. No puede considerarse esa interpretación sino como simple opinión.

2º Cuando se trata de derecho consuetudinario expresado en jurisprudencia, como sucede en el sistema del *common law* en el cual los principios expuestos por los tribunales, con ciertas condiciones y en determinada medida deben ser seguidos por los tribunales que posteriormente fallen casos análogos. En estos casos la jurisprudencia viene a ser la fuente de una gran parte del derecho y debe tenerse en cuenta como formando parte de la legislación misma.

Fuera de estos casos parece que, siendo la ley extranjera aplicable incorporada a la legislación del sistema del juez y por tanto formando para ese efecto parte de la propia legislación, debiera el juez tener el poder de interpretar la ley extranjera en la misma forma que la ley propia. Tal

solución vendría en algunos casos a ser contraria al objeto de las reglas de vinculación.

Éstas tienen por objeto hacer que en los casos que fijan, el juez norme su conducta como autoridad en el sentido que esas leyes señalan. La razón que hemos visto para la existencia de tales disposiciones es la necesidad en que el legislador se encuentra de resolver con el mayor apego a la justicia las controversias que en su dominio puedan suscitarse. Al declarar que determinada relación debe regirse por la ley de un sistema jurídico extraño es porque considera que ese elemento debe ser apreciado de acuerdo con la ley que señala como competente. Ahora bien, si la ley extranjera es la adecuada para regir esa relación, debe aplicarse tal como es, en el sentido que tiene en el sistema de donde se importa. En el caso frecuentemente señalado por los tratadistas relativo al artículo 770 del Código civil francés, que —aunque idéntico en su texto en otros países— ha recibido diversas interpretaciones, es indudable que si es aplicable a un caso el derecho belga que contiene ese artículo, deberá tenerse en cuenta sólo en el sentido en que lo entienden las autoridades del sistema jurídico belga, de otro modo sería tanto como pretender que se aplica el derecho belga y de hecho aplicar el derecho francés.<sup>83</sup>

La interpretación de la ley es indudablemente complemento indispensable del texto en que la ley se contiene. Aplicar sólo el texto puede llevar al juez a una interpretación diversa de la que tiene la ley que aplica.

Podemos afirmar en consecuencia de lo anterior, que el juez, al obedecer la regla de vinculación no debe aplicar sólo el texto de la ley extranjera señalada como competente, sino la interpretación que a la ley haya sido dada por las autoridades del sistema de donde la ley procede.

b) Objeto de mayores estudios ha sido el problema de si procede recurrir a una solución por indebida aplicación de leyes extranjeras.

Generalmente se estudia este punto tratando también los recursos que pueden hacerse valer por la no aplicación de la ley.

A nuestro juicio, el problema en los dos casos es distinto y sólo debe preocuparnos el de la inexacta aplicación, pues en el otro caso existe la violación al derecho del juez, que evidentemente causa agravio a la parte y puede recurrirlo.

Respecto del punto que nos ocupa, la jurisprudencia francesa ha establecido que los tribunales, particularmente la Corte de Casación, sólo deben cuidar la exacta aplicación de las leyes francesas, no de las extranjeras,<sup>84</sup> aun cuando últimamente ha tratado de buscar una mejor solu-

<sup>83</sup> Ver sobre este punto *Op. cit. supra* nota 27, tomo I, p. 289.

<sup>84</sup> Collin, A., "Du recours en cassation pour violation de la loi étrangère" en *Journal de Droit International Privé*, 1890, pp. 406 y 794. Ver citas de jurisprudencia francesa en Arminjon, *op. cit. supra* nota 27, tomo I, p. 281.

ción tratando de establecer diferencia cuando la ley manda expresamente aplicar la ley extranjera y cuando ese mandato es tácito. Es absurdo pretender dar mayor o menor alcance a la regla de vinculación si está expresa o tácitamente impuesta por el legislador.

En nuestro sistema el problema presenta caracteres enteramente particulares; pero en el fondo la situación es idéntica.

El derecho extranjero para poder ser aplicado por la autoridad del país en que el caso se plantea, tiene forzosamente que convertirse en derecho nacional, de otra manera no puede el juez seguir la norma que la ley extranjera señale. Llevada a cabo esta incorporación, sin la cual no podemos suponer la aplicación de la ley extranjera, ésta se encuentra en idéntica condición que la ley nacional. Su absoluta igualdad produce como necesaria consecuencia la posibilidad de recurrir por los mismos conceptos y en los mismos términos una resolución mal fundada en el derecho del sistema del juez, que la fundada en el derecho extranjero. El argumento esgrimido por la Corte de Casación francesa no puede ser tenido en cuenta, pues el deber de los tribunales en todo el mundo no es velar por la exacta aplicación de determinadas leyes, sino velar porque, en los términos de la ley que los rige, se desarrollen las actividades de los órganos del Estado.<sup>85</sup>

### *El problema del reenvío*

Conocida ya la ley extranjera por el juez, es preciso aplicarla al caso concreto.

La aplicación de la ley extranjera presenta un problema que Cavaglieri llama "formidable" y que se conoce en el derecho internacional privado con el nombre de "el reenvío".

A pesar del desarrollo que se ha dado a la materia, sobre todo desde mediados del siglo pasado, no fue sino hasta el año de 1875 en que el caso fue visto por los tribunales franceses, con motivo del negocio que ha llegado a ser célebre, de la sucesión de un bávaro llamado Forgo.<sup>86</sup>

<sup>85</sup> Sobre estos problemas ver el estudio de Darras, *De la connais sauce, de l'application et de la preuve du droit int. privé*, Clunet, 1901, pp. 442 y 680.

<sup>86</sup> Caso. 23 de junio 1878. S. 78 1.429. Clunet - 81.61. El caso fue planteado como sigue: Forgo se había establecido en Francia muchos años antes de su muerte, ocurrida igualmente en Francia, sin dejar testamento ni viuda ni descendencia. La administración fiscal pidió la posesión de los bienes de la sucesión de acuerdo con el artículo 766 del Código civil. Los parientes colaterales de Forgo, por su parte, pidieron la herencia fundándose en la siguiente argumentación: Se trataba de sucesión mobiliaria y, de acuerdo con la teoría generalmente seguida en Francia, la ley aplicable a una sucesión de esta naturaleza debía ser la del último domicilio legal en Baviera, debía ser la ley de este país la que rigiera la sucesión; como esta ley llama a los colaterales a

Es, sin embargo, el jurisconsulto francés Labbé, quien por primera vez llevó el asunto a una discusión doctrinal en el año de 1885 y quien dio al problema que estudiamos los caracteres que aún tiene, fijando sus puntos primordiales.

El problema debe plantearse como una cuestión de interpretación de las reglas de vinculación del sistema jurídico del juez ante el cual se plantea el negocio.

Cuando en virtud de una regla de vinculación el juez debe aplicar a una relación de derecho que se le presenta una ley extranjera, ¿debe el juez tomar únicamente las normas naturales de solución que regulan sustancialmente la relación de que se trata?, o bien, ¿debe tomar la ley extranjera íntegramente, considerando también las reglas de vinculación que esa legislación extranjera contenga?

Si se admite esta segunda solución y la ley extranjera aplicada se declara a sí misma inaplicable el caso, puede prescribir que la solución sea dada por la misma ley del sistema del juez (*rückverweisung*) o que la solución sea dada por la ley de un tercer sistema cualquiera (*weiterverweisung*) y el juez deberá tener en cuenta y aplicar en uno y en otro caso, la ley designada por la ley extranjera competente.

Los casos que pueden presentarse son numerosísimos y los tratadistas sostienen puntos totalmente contradictorios, pudiendo decirse que las tendencias a aceptar o negar el reenvío se encuentran divididas en bandos iguales. El Instituto de Derecho Internacional que se sostuvo siempre contra el reenvío ha hecho una concesión importante (Oslo, 1932) al aceptar que la capacidad del menor depende de su ley nacional; pero si ésta declara competente la ley del domicilio u otra ley cualquiera, debe ser ésta la que se estime como aplicable.

La doctrina francesa tienen tendencia en su jurisprudencia, a aceptar el reenvío. Los tratadistas difieren en sus opiniones. Valey,<sup>87</sup> Arminjon,<sup>88</sup> Pillet,<sup>89</sup> Niboyet<sup>90</sup> y la mayor parte de los tratadistas actuales

recibir la herencia del hijo natural, presentaban su demanda contra la administración y fue aceptada por la Corte de Bordeaux el 24 de mayo de 1876. Se recurrió por la administración ese fallo argumentando: la ley francesa remite efectivamente a la ley de Baviera para la regulación de la Sucesión de Forgo, pero esta ley establece que cuando un bávaro tiene un domicilio de hecho en el extranjero, la ley de ese país debe regular su sucesión; puesto que, Forgo estaba establecido en Francia, la ley francesa era la aplicable a su sucesión, porque la ley de Baviera "reenviaba" la solución del negocio, siendo aplicable en consecuencia al artículo 766 del Código de Napoleón, y debiéndose desechar la petición de herencia de los colaterales. La Corte de Casación quedó convencida con este razonamiento y la Corte de Toulouse a quien fue enviado el negocio, resolvió en el mismo sentido (22 de mayo de 1880, Clunet 81, 61, D.81, 2, 93).

<sup>87</sup> *Op. cit. supra* nota.

<sup>88</sup> Arminjon, *op. cit. supra* nota 27.

<sup>89</sup> Pillet, *op. cit. supra* nota 5, Nos. 63-66.

<sup>90</sup> Niboyet, *op. cit. supra* nota 6, pp. 481 y ss.

franceses, se declaran contra el reenvío. En Italia Gabba, Fiore, A. Cavaglieri<sup>91</sup> se oponen a la aceptación del reenvío, en cambio Anzilotti<sup>92</sup> y Fedozzi<sup>93</sup> se declaran partidarios de él. Frankenstein<sup>94</sup> propone una nueva solución de aspecto científico, admitiendo el reenvío en condiciones determinadas. La mayor parte de los escritores angloamericano desechan el reenvío. P. Wiggy<sup>95</sup> cita contra el reenvío Lorenzan, Schreiber, Bate, Beale, Abbot y en pro a Dicey, Westlake y Bentwich.

En la imposibilidad de hacer un estudio completo sobre las teorías emitidas por cuantos tratadistas se han ocupado en este problema (estudio que sería materia bastante para un tratado) veremos con la mayor concisión posible los puntos más salientes de sus teorías, las bases de su argumentación, haciendo de ello un corto estudio que pueda orientarnos para lograr un criterio fijo en esta materia.

Los defensores del reenvío han esgrimido toda clase de armas en defensa de su tesis, argumentos, unos de orden técnico, otros de orden práctico, cuya fuerza o cuya utilidad mediremos —en cuanto nos sea posible— en este estudio.

*El respeto a la soberanía extranjera.* Se ha dicho que al aceptar el reenvío el juez cumple con el deber que, como autoridad de un país, tiene de respetar la soberanía de los otros países; que si la ley extranjera no quiere ser aplicada, el pretender aplicarla a relaciones que no quiere regular es desconocer su soberanía. Si un Estado declina la protección de sus propios súbditos remitiéndose a la ley de otro país, equivaldría a desconocer su soberanía (el pretender) dar a su ley una competencia que ha abdicado.

Hemos dicho ya que el respeto a la soberanía extranjera no puede ser fundamento de las reglas de vinculación, y las mismas razones que para ello hemos expuesto valen para justificar el que no tomemos en cuenta esa idea para solucionar los problemas fundamentales. Sus mismos partidarios la niegan en este punto,<sup>96</sup> pensando al contrario que la soberanía local se vería en peligro si se aceptaran las reglas de vinculación de otro Estado.

Cada sistema jurídico tiene el derecho de integrar su propia legislación tomando de donde le parezca las normas que estime justas para regular los problemas que puedan presentársele. No es un reconocimiento a la soberanía extranjera el hecho de aplicar sus leyes, ni es desconocer su soberanía el no aplicarlas; la misma razón puede ser suficiente para de-

<sup>91</sup> *Op. cit. supra* nota 58.

<sup>92</sup> Anzilotti, 1925, pp. 66-78.

<sup>93</sup> Fedozzi, *op. cit. supra* nota 61, 1931, pp. 51-55.

<sup>94</sup> *Op. cit. supra* nota 50, 1932, pp. 47 y ss.

<sup>95</sup> Wiggy P., *op. cit. supra* nota 25, p. 216.

<sup>96</sup> Cavaglieri, A., *op. cit. supra* nota 57, p. 96.

mostrar la falta de seriedad del argumento que presentan los defensores del reenvío, pues si la no aplicación de una ley extranjera no implica un desconocimiento de la soberanía del país que la dicta, no afecta tampoco a esa soberanía la no aplicación de sus reglas de vinculación.

*La cortesía internacional.* Westlake<sup>97</sup> y Fedozzi,<sup>98</sup> como algunos otros defensores de la teoría angloamericana, pretenden justificar el reenvío estableciendo que, si la aplicación de la ley extranjera se hace en virtud de un principio de cortesía, de reciprocidad, de utilidad, es suficiente que la ley extranjera rehúse ser objeto de esa consideración para dejar de aplicar su ley. Si se está dispuesto a hacer un sacrificio en favor del derecho extranjero es, sin embargo, mejor evitarlo "on ne saurait être plus royaliste que le roi".

No puede ser otro el resultado cuando se acepte la teoría de la "comity".

Hemos visto que no puede ser la cortesía internacional la causa de la aplicación de las leyes extranjeras. No nos es posible aceptar la tesis de esta escuela por carecer de fundamento jurídico. La falta de estabilidad, la falta de consistencia al analizar la doctrina en general, se pone de manifiesto cuando, aceptando el reenvío, puede presentarse el caso en que la ley designada sea la de un sistema jurídico distinto al del juez. ¿Cortesía hacia el otro sistema? La respuesta nos parece evidente.

#### *La ley extranjera forma un todo indivisible*

Es este el argumento inicial de la doctrina del reenvío y sin duda alguna es el que presenta mayor aspecto científico, habiéndose resumido la lucha de las dos tendencias en este punto. Encontramos esta argumentación esbozada en la sentencia de la Corte de Casación de Francia con motivo del asunto Forgo y expuesta claramente en una nueva sentencia de la Corte de Casación.<sup>99</sup> "No es natural desligar del conjunto de la ley extranjera el reenvío eventual a la del domicilio de hecho y hacer que así aparezca aislada la ley interna..."

#### *La tendencia de la argumentación es visible*

La ley extranjera forma un todo indivisible, cuando una regla de vinculación ordena la aplicación de la ley extranjera, debe entenderse que la ley así designada ha de aplicarse en su totalidad, sin que sea lícito al

<sup>97</sup> Fedozzi, citado por Cavaglieri en *op. cit. supra* 57, p. 97.

<sup>98</sup> Westlake, *Private International Law*, p. 28; *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1900, p. 35.

<sup>99</sup> París. Arr. de 17 de febrero 1910. *Revue de Droit International Privé*, 1910, p. 870.

jurista hacer distinciones entre las normas materiales de solución y las normas de vinculación. La clasificación hecha en esta forma, dividiendo el derecho extranjero desnaturalizaría éste, puesto que las reglas de vinculación son las que determinan la esfera de aplicación de ese derecho, y quitar a una legislación los principios de derecho internacional privado, es quitarle el armazón, hacerla inconcebible.<sup>100</sup>

J. Keidel establece que las normas relativas a la capacidad son restringidas en su aplicación *ratione personarum* por las normas de derecho internacional privado. Son reglas que por su comprensión general parecen aplicarse a todos los individuos sin distinción de nacionalidad o domicilio; son las reglas de derecho internacional privado las que les dan orientación, las que determinan su objeto, su alcance y los casos en que han de aplicarse.<sup>101</sup>

Separar las reglas positivas de las reglas de vinculación, es, de acuerdo con los defensores del reenvío, privarlas del elemento que las completa y las clasifica, cambiar su finalidad y darles un alcance y un sentido que no han recibido del legislador.

¿Es un corolario de nuestra soberanía extender la competencia de una legislación extranjera que ha renunciado a regular determinados asuntos que, en el caso análogo nuestra legislación somete a sus propias reglas? La negativa nos parece evidente... Imponer una competencia a quien no la desea no es tratarlo con igualdad, es reivindicar una superioridad y atribuirse un derecho supernacional. Es obrar como tribunal superior que ordena a un tribunal inferior que se ha declarado incompetente para resolver el fondo de un asunto. Como todos los Estados son iguales y deben respetarse mutuamente, no puede existir una competencia impuesta.<sup>102</sup>

Esta tesis ha tenido una enorme cantidad de objeciones cuyo valor hemos de examinar con detenimiento, viendo la manera como los defensores del reenvío argumentan para evitarlas.

#### PRIMERA OBJECCIÓN

Se dice que de admitir la integridad de la ley extranjera se tiene forzosamente que admitir igualmente la integridad de la ley del juez, y aplicar consecuentemente las reglas de vinculación de los dos sistemas, encontrándonos así en lo que se llama "el gabinete de los espejos". El

<sup>100</sup> Westlake, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1910, p. 168; Dicey, *op. cit. supra* nota 13, 8ª ed. pp. 771 y ss.

<sup>101</sup> J. Keidel, *De la théorie du renvoi en droit international privé selon le nouveau Code Allemand*, Clunet, 1901, pp. 86 y ss.

<sup>102</sup> Von Bar, "Rapport a l'Institut de Dr. Int." en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1900, p. 155.

sistema A declara competente el sistema B, éste al sistema A y A nuevamente a B, pudiendo continuar la remisión indefinidamente, sin poder llegar nunca a la solución del problema.

Este argumento, en caso de que lo consideremos válido, tendría fuerza únicamente para el reenvío que se ha llamado de primer grado o *ruckverweisung* (reenvío al mismo sistema); pero no puede concedérsele valor cuando se trata del reenvío llamado de segundo grado o *weiterverweisung* (reenvío a un tercer sistema), pues en este último caso no existe el “gabinete de los espejos”, sino al contrario, la marcha es continua hasta encontrar la norma que da la solución material. Esta objeción en caso de ser considerada lógica no destruye sino una de las formas del reenvío.

Para defender el reenvío en primer grado contra esta objeción, han hecho esfuerzos los tratadistas, siendo de notarse los estudios de Dicey, Wigny y Frankenstein.

Dicey<sup>103</sup> acusa a los que atacan el reenvío con esta objeción de desconocimiento de la regla de vinculación, pues lo que ésta ordena al juez, es “fallar como lo haría la corte extranjera”.<sup>104</sup> Se trata de una simple determinación de hecho hallar la solución que encontraría el juez extranjero. Si el derecho extranjero remite a la ley del juez, debe aplicarse ésta y detener así el “va y ven” que se ha considerado como interminable. El tribunal que conoce del asunto hace la determinación de la ley aplicable, teniendo en cuenta la decisión idéntica que en el mismo caso tomaría el tribunal extranjero.

Es inexacto el razonamiento de Dicey, porque si el juez extranjero toma idéntica actitud a la asumida por el juez local, aplicando la misma forma de reenvío, llegará no a la solución idéntica, sino precisamente contraria.<sup>105</sup> La tesis no suprime la dificultad. Es más, la regla de vinculación no puede llevar al juez a resolver como lo haría otro juez, sino a aplicar la ley de otro sistema, lo cual es distinto.

P. Wigny<sup>106</sup> estima que una pequeña modificación a la tesis de Dicey puede llevarnos a salvar la objeción. Dicey estima que la regla de vinculación lleva al juez a apreciar un hecho y en esto coincide Wigny, sin admitir que ese hecho sea la decisión hipotética del tribunal extranjero.

<sup>103</sup> Dicey, *op. cit. supra* nota 13, apéndice 1, pp. 811 y ss.

<sup>104</sup> Esta expresión la encontramos empleada en el caso *Collier vs. Rivag* (1841). 2 Curt oce 855; in re *Johnson*, 1003 L Ch 821 (citada por Wigny).

<sup>105</sup> Para juzgar la capacidad de un inglés en Roma, el juez italiano, siguiendo la tesis de Dicey, debe aplicar la regla de vinculación italiana (ley nacional) y la ley de vinculación inglesa (ley del domicilio) juzgando como el juez de Inglaterra sometería la capacidad del inglés a la ley italiana. El juez inglés obraría siguiendo la misma tesis, siguiendo su regla de vinculación (ley del domicilio) y la ley de vinculación italiana (ley nacional) y juzgando como el juez de Italia aplicaría la ley italiana. El argumento no puede contradecirse de manera más clara.

<sup>106</sup> Wigny, P., *op. cit. supra* nota 25, pp. 220 y 221.

El hecho que se trata de apreciar es una regla de derecho internacional privado extranjera "independientemente de cualquier otra disposición, y en particular de toda regla de reenvío", juzgando que en esta forma se sale del círculo vicioso.

Wigny va contra la causa misma del reenvío, niega la objeción negando la integridad de la ley extranjera que es precisamente la causa del reenvío; de aceptar la defensa de Wigny, y ser lógico con su idea, tendríamos que establecer que el reenvío no existe porque no existiendo la integridad de la legislación extranjera, podemos recurrir directamente a las reglas de solución y no entrar siquiera al reenvío.

Ernest Frankenstein acata a nuestro juicio con la objeción, al establecer que las reglas de vinculación no deben considerarse como equivalentes.

Según el eminente profesor de la Academia de La Haya <sup>107</sup> toda relación de derecho está vinculada primariamente a un determinado sistema de derecho. La ley del juez que establece la vinculación reconoce la verdad científicamente probada, a juicio del legislador, y somete la relación de derecho a un orden jurídico que en virtud de esa sumisión queda señalado como único capacitado para estatuir sobre el problema que se plantea. Para Frankenstein ese orden jurídico puede dar la solución del problema directamente, en cuyo caso sólo existe la vinculación primaria, o puede resolverlo indirectamente por medio de una vinculación secundaria que el juez debe obedecer, existiendo así el reenvío sin que nos lleguemos a encontrar en el famoso gabinete de los espejos.

Hay puntos en que la doctrina de Frankenstein es objetable, aun en lo que se refiere a reenvío, pero debemos admitir que su tesis deja sin valor la objeción al reenvío que venimos estudiando. Antes de dar por terminado este punto de nuestro estudio volveremos a ver la doctrina de Frankenstein, para hacer un estudio de ella en conjunto.

No puede, en consecuencia, desecharse el reenvío por considerar que el "va y ven" del juez podría llevarse hasta el infinito, ni siquiera en el caso del reenvío en primer grado o *ruckverweisung*.

## SEGUNDA OBJECCIÓN

La aceptación del reenvío, como consecuencia de la integridad de la ley extranjera, trae como resultado un ataque a la soberanía del Estado a que el juez pertenece, puesto que no obstante su negación para regir una relación jurídica, viene a imponerse a su voluntad la voluntad de otro Estado manifestada por sus reglas de vinculación. Este ataque se consuma

<sup>107</sup> Frankenstein, E., *op. cit. supra* nota 50. Une doctrine moderne en droit int. privé, pp. 68 y ss.

igualmente si se trata de reenvío en primer grado o en segundo grado, pues en este caso, no obstante la voluntad del legislador de aplicar determinada regla, se va a resolver aplicando las disposiciones de un orden jurídico que él no ha querido aplicar.

Pillet<sup>108</sup> estima que en este caso varios soberanos tendrían jurisdicción sobre una situación jurídica determinada y que para resolver a quién correspondía la jurisdicción sería indispensable un legislador supranacional. No existiendo ese poder, cada soberano legisla lo que estima conveniente, sin tener en cuenta lo que los demás estimen o crean conveniente.

No puede considerarse exacta la objeción de Pillet. Hemos visto que la ley de un orden jurídico extraño al del juez tiene fuerza de norma jurídica ante el mismo sólo en virtud de la incorporación que se opera en valor de la regla de derecho internacional privado. La ley extranjera jurídicamente no puede considerarse por el juez sino como la ley propia, de otro modo carecería de eficacia.

Si, pues, la regla de derecho internacional privado ha operado la incorporación de la ley extranjera y no se ataca la soberanía del *forum* con su aplicación, debemos considerar que esta soberanía queda intacta no sólo si se aplica la ley material de solución, sino también cuando se apliquen las reglas de solución que contenga. Las reglas de solución del orden jurídico extranjero dejan de ser la voluntad de un Estado extraño para pasar a ser la voluntad del propio Estado. El juez que obedece la regla de vinculación extranjera está obedeciendo una ley de su soberano. Que la forma de designación sea directa o sea "elíptica", como la llama Wigny, no tiene importancia para nosotros.

La objeción de Pillet ha sido tomada en cuenta tal vez por ser impresionante; pero vemos que jurídicamente no tiene valor.

### TERCERA OBJECCIÓN

Valery objeta la teoría del reenvío diciendo que incurre en el fondo en un sofismo por equívoco,<sup>109</sup> tomando la palabra ley en dos diferentes significados. A su juicio en la palabra ley se ha querido ver tanto la ley internacional como la ley interna y de ahí que se produzca el reenvío pensando que la ley del juez remite a la ley internacional extranjera y ésta a la ley interna del sistema del juez o de un tercer sistema, debiendo a su juicio entenderse que la vinculación ha de referirse únicamente a la ley interna extranjera.

<sup>108</sup> Pillet, *Traité I*, No 251, principes Nos. 64 y ss.; Lorenzen habla igualmente de "una abdicación de la soberanía", 10 Col 190 y 205.

<sup>109</sup> Valery, *op. cit. supra* nota 8, No 443, p. 607.

No nos da sin embargo una razón para que podamos pensar así. Frankenstein, por lo contrario, nos dice que el hecho de que el legislador someta una relación a un orden jurídico extraño, da a éste competencia para resolver lo que crea conveniente.

La afirmación de Valery no pasa de ser una simple afirmación, en tanto que la argumentación de Frankenstein tiene un fundamento científico. De admitir el sofisma por equívoco a que se refiere Valery, tendremos que pensar que debe ser seguido el razonamiento en la forma en que Frankenstein lo señala, que nos parece que está exento de ese vicio lógico.

*La teoría del reenvío, de acuerdo con la doctrina de Ernest Frankenstein. Exposición*

Aun cuando hemos ya expuesto los fundamentos de la doctrina de Frankenstein, hemos de recordar que la base de su doctrina es que sólo puede existir derecho a través del hombre, único que puede ser sujeto de él. El hombre a su vez está ligado según él a un orden jurídico determinado que, por razones que expone, es el orden jurídico del país de origen. Este orden jurídico rige al hombre en todas sus relaciones de derecho, sujetándolo ya sea al orden mismo a que pertenece (vinculación primaria), ya sea a un orden jurídico extranjero (vinculación secundaria).

Juzga Frankenstein que por esta distinción entre la vinculación primaria y la vinculación secundaria, queda resuelta la cuestión del reenvío y dice:

La doctrina dominante no ha resuelto esta cuestión y no podía resolverla porque parte de la soberanía de cada sistema jurídico y no sabe distinguir las normas según sus funciones. Cuando se llega a discutir la capacidad de un danés domiciliado en Holanda, de acuerdo con la doctrina dominante, se encuentra en el derecho holandés el envío al derecho danés, y en éste el reenvío al derecho holandés, y se encuentra uno en el famoso gabinete de los espejos. Siendo igualmente soberanos el derecho holandés y el derecho danés, los dos envíos tienen la misma fuerza obligatoria y puede continuarse el juego indefinidamente. La nueva doctrina proporciona la solución inmediata. El danés está sujeto primariamente a su derecho nacional (danés); como éste lo somete secundariamente al derecho del domicilio, el derecho holandés es aplicable. Cuando el derecho holandés prescribe la aplicación del derecho danés traduce simplemente en norma la constatación científica de que todo individuo está sujeto a su derecho nacional y que, en consecuencia, la decisión depende del derecho danés. Pero, puesto que el derecho danés contiene una vinculación secundaria que prescribe válidamente en virtud de su poder jurídico primario,

debe obedecerse y aplicar definitivamente el derecho holandés. No hay caso en que este método falle. En efecto, todas las dificultades de hoy resultan únicamente de haber considerado todas las normas de derecho internacional privado como teniendo el mismo valor y no sabían catalogarlas de acuerdo con su fuerza... Hay en el derecho internacional privado principios fundamentales... no por causa de derecho positivo sino a causa de nuestro conocimiento de la naturaleza del derecho. Los demás principios no sirven sino en tanto se apoyan en los fundamentales. No perderán su fuerza como regla obligatoria; pero vienen a ser reglas de segundo rango y no conservan su valor sino en función del principio fundamental.<sup>110</sup>

*Crítica.* Sin entrar a la parte fundamental de la teoría de Frankenstein, sino estudiando únicamente su concepto del reenvío, vemos que da un enorme paso hacia la solución del problema al establecer la desigualdad de las reglas de vinculación. En efecto, la desigualdad existe, sólo que no en la forma que observa este autor.

A nuestro juicio, se ha confundido al estudiar el reenvío la forma de la ley y su fondo, su materia.

El jurista y el juez que aplican una ley no deben limitar su estudio a la forma que la disposición legislativa reviste, sino que deben entrar al fondo, a la norma que la ley contiene.

Cuando en un problema cualquiera de derecho vemos la manera de actuar de una norma jurídica, no nos interesa que sea la constatación de una verdad científica (en cuyo caso no sería norma jurídica sino ley natural), sino que nos importa la actuación de la autoridad que debe aplicar la norma, considerándola como orden del Estado, del sistema jurídico, del legislador. Si la norma se ajusta a los principios de derecho natural, si está de acuerdo con los postulados de la filosofía del derecho, nos es indiferente. Si no fuera así, saldríamos de nuestro terreno de juristas para colocarnos en el campo de filósofos.

Lo único que para nosotros es importante, es esto: la norma es un orden que debe cumplirse a la realización de una hipótesis. La norma de vinculación no es otra cosa. Ordena al juez aplicar determinada ley en determinado caso.

Para cumplir con la norma de vinculación, el juez tiene que seguir un orden lógico deductivo, como tiene que hacerlo en la aplicación de cualquier otra norma. La sentencia judicial "es un medio de individualización de la norma".<sup>111</sup> Es preciso comprobar con certeza si se da concretamente el hecho previsto en abstracto; y si es así tiene que ser dictado, es decir, primero ordenado y luego realizado el acto previsto en la norma de un modo abstracto y general.

<sup>110</sup> Frankenstein, *Une nouvelle doctrine* en D.I.P. *Loc. cit.*

<sup>111</sup> Legaz y Lacambra, *op. cit. supra* nota 33, p. 129.

El juez no puede considerar la norma como constatación de un principio científico, de ser así el juez tendría este principio por único, puesto que la autoridad del Estado no puede pensar. Siendo único el principio establecido por la norma, no puede concebir la existencia de otro principio científico contradictorio. Su sentencia tendrá que resolver concretando la norma general y aplicando los principios de solución de la ley competente, sin que pueda concebir que esta ley esté fundada sobre principios científicos distintos.

El principio científico que consagra la ley, puede explicarnos el por qué de la voluntad del Estado; pero en último extremo su valor jurídico nos lleva a concluir condenando el reenvío propuesto por Frankenstein.

### *Solución propuesta*

A nuestro juicio no es exacto el punto de partida de los defensores del reenvío, que establecen la forzosa unidad de la legislación extranjera, ni el juez puede tomar las reglas de vinculación extranjeras por ser este acto contrario a su función. Veamos estos dos puntos separadamente.

#### *1º La unidad de la ley extranjera*

Las normas de vinculación de la ley extranjera, se ha dicho, son el armazón que sirve para construir el orden jurídico, no se puede suponer la existencia de un orden jurídico sin reglas de derecho internacional privado.

Esto es indudable si se mira un sistema jurídico aislado o si se estudian los órdenes jurídicos de los diferentes sistemas, de una manera parcial.

No podemos concebir el orden jurídico del juez sin reglas de derecho internacional privado. No podemos concebir ningún orden jurídico sin normas de vinculación.

Pero es también evidente que no es lógicamente posible la existencia de un orden jurídico con dos armazones, con dos sistemas de reglas de vinculación.

Al defender el reenvío por este concepto, se han olvidado sus defensores de que no puede considerarse que las reglas de solución pasen a un orden que no contenga reglas de vinculación, porque precisamente son estas reglas las que operan la importación de la ley extranjera. Ésta no queda sin orientación, sino que se orienta de acuerdo con las reglas de derecho internacional privado del sistema del juez.

No puede concebirse el orden jurídico sin reglas de vinculación; pero no hay obstáculo alguno para concebir la norma material aislada, no

formando parte del sistema extranjero, sino formando parte del sistema del juez al que ha sido incorporada por la regla de vinculación.

Precisamente por la necesaria unidad del orden jurídico del juez es preciso no importar las reglas de vinculación de un sistema extraño, que vendrían a romper esa unidad, dando al sistema dos orientaciones que, en el caso del reenvío, son necesariamente contradictorias.

Podemos, pues, jurídicamente importar las normas materiales de solución sin importar las reglas de vinculación.

La unidad del orden jurídico del juez nos impone la necesidad de obrar así.

Debemos considerar por este concepto descartada la teoría del reenvío.

### 2º *La actuación del juez*

La causa del nacimiento y de la adopción del sistema del reenvío está en la forma que reviste la regla de vinculación.

Su necesaria generalidad ha llevado a los autores y a los tribunales a la idea de hacerla obrar de una manera general. Si en un caso se aplica la ley extranjera se pretende tomar la ley extranjera en su totalidad y aplicarla al caso.

Se ha pasado por alto el contenido de la norma de vinculación y se ha entendido mal el deber del juez al aplicar el derecho, fijándose sólo en la forma que el legislador da a la ley.

La ley es por su naturaleza general, especialmente las reglas de vinculación tienen que adoptar una forma cuya generalidad permita comprender en ellas todos los casos que puedan presentarse, y que el legislador no puede prever uno a uno, ni siquiera en grupos relativamente pequeños.

La forma más o menos general de la ley no debe afectar a su contenido. Es idéntico que el legislador establezca: la forma externa del acto jurídico se rige por la ley del país en que se realiza o bien que particularice. La forma externa del acto jurídico celebrando en París debe regirse por las reglas de forma del Código de Napoleón.

Ahora bien, el juez al tratar un caso y aplicar a su solución una norma cualquiera debe aplicar la ley general al caso especial, concretando la norma abstracta o general, particularizando su contenido, sin cuidarse de la forma más o menos general que la norma revista.

Esta particularización debe ser idéntica a la que haría el mismo legislador, pues debe tener como primera cualidad no variar el contenido de la norma.

Si el juez, al aplicar una norma general que le ordena recurrir una ley extranjera, aplica una ley nacional ha variado el contenido de la

norma. No ha seguido el método deductivo que se le impone en su función de autoridad.

Así como los dos elementos (hecho y consecuencia jurídica) deben ser ligados por la ley en la esfera de lo general, así también en el dominio de lo individual tienen que serlo por la sentencia judicial; es la individualización o la concretación de la norma general o abstracta; es, en suma, la continuación del proceso creador del derecho que va de lo general a lo individual.<sup>112</sup>

En este proceso de individualización de la norma el juez no puede admitir elementos distintos de los contenidos en la regla general, tiene que apegarse a ella y realizar sólo la voluntad del Estado.

No puede el juez, en consecuencia, al aplicar una regla de vinculación, hacer otra cosa que particularizarla.

La incorporación de la ley extranjera se verifica en virtud de esa particularización, siendo el último grado del proceso deductivo que él se ve obligado a seguir.

La actuación del juez, como autoridad estatal, hace imposible aceptar la regla de vinculación de otro sistema jurídico.

Si la constitución lógica del orden jurídico y la actuación necesaria del juez nos impiden tomar en cuenta las leyes extranjeras, de derecho internacional privado, debemos juzgar que jurídicamente no puede existir el reenvío.

### *El reenvío en sus resultados prácticos*

Se ha alegado en defensa de la teoría que estudiamos que su adopción lleva a la uniformidad de solución de los casos concretos.

Debemos advertir, desde luego, que los resultados prácticos que pudiera presentar la adopción del sistema del reenvío nos son indiferentes para juzgarlo antijurídico, como lo hemos hecho, pues el derecho internacional privado y menos los postulados teóricos de esta rama del derecho, no tienen por objeto, como ha dicho algún autor, "Compensar las desigualdades que existen en el Derecho material."

Sin embargo, si se llega a comprobar que presenta la adopción del reenvío ventajas prácticas considerables, justo será adoptarlo por razón de su utilidad.

Los defensores del reenvío, particularmente Dicey,<sup>113</sup> creen que la

<sup>112</sup> Legaz y Lacambra, *op. cit. supra* nota 33, p. 129; Kelsen, *Compendio*, p. 104. Drei Gewalten, p. 382.

<sup>113</sup> Lugar citado.

adopción del reenvío trae como consecuencia la uniformidad de solución de los problemas de derecho internacional privado.

Debemos estudiar separadamente el caso del reenvío en primer grado o *ruckverweisung* y el reenvío en segundo grado o *weiterverweisung*.

1º La uniformidad de solución en el reenvío en primer grado. Se ha pretendido que con la admisión del reenvío la solución a los conflictos de leyes sería uniforme en todos los países. La capacidad del individuo no se vería sometida a variantes, los actos jurídicos serían uniformemente juzgados, sea porque se aplique en definitiva una sola ley, sea porque el juez se coloque en el lugar del juez extranjero como pretende Dicey.

La igualdad de resolución no es sino aparente. Aceptada la teoría del reenvío, lo único que sucede es que cambia la ley de solución aplicable; pero cambia igualmente en un país que en otro.

Si el caso en el sistema A se juzga de acuerdo con la ley propia en virtud del reenvío del sistema B, en éste se juzgará de acuerdo con la ley B en virtud del reenvío del sistema A. El mismo ejemplo demuestra la inexactitud de la aparente uniformidad de solución.

Aun en el caso de aceptar la teoría de Frankenstein; la solución de los conflictos no sería uniforme, pues Frankenstein parte de la base de que el individuo no tiene primariamente sino una única vinculación con un orden jurídico. Reconocida universalmente esa única vinculación primaria no hay lugar a reenvío. Pero lo grave es que en la práctica, en tanto que un orden jurídico considera a los individuos vinculados primariamente con el orden jurídico de su país, otros los consideran vinculados, también primariamente, al orden jurídico de su domicilio. Las soluciones en los dos casos serían diferentes.

En el sistema jurídico A se considera vinculado por nacionalidad al individuo con el sistema jurídico B (vinculación primaria). Este sistema designa como competente al sistema A para resolver la cuestión (vinculación secundaria), quedando resuelto el problema por el sistema A. El mismo caso se presenta en el sistema jurídico B, que considera al individuo vinculado por razón del domicilio al sistema jurídico A (vinculación primaria). Este sistema señala como competente al sistema jurídico B (vinculación secundaria), quedando el problema resuelto por el sistema B.

Para que existiera la unidad de solución se requeriría la misma regla de vinculación primaria en todos los sistemas y en ese caso no se presenta el problema del reenvío.

2º La uniformidad de solución en el reenvío en segundo grado. En este caso los defensores del reenvío concentran todas sus argumentaciones presentando ejemplos, como lo hace Wigny, y propugnado por la

admisión del reenvío en segundo grado, como lo hace la jurisprudencia angloamericana.

Entrar en un análisis detallado de los casos que proponen sería demasiado largo y nos conduciría a las mismas conclusiones que a continuación enunciamos.

El caso general que plantean es el siguiente: el sistema A, al tratar un caso cualquiera, considera aplicables las leyes del sistema B y éste a su vez las del sistema C. Si se acepta el reenvío se obtendrá una solución idéntica en los sistemas A y B.

Esto puede ser cierto si el caso se presenta exclusivamente con estos caracteres; pero la realidad nos puede presentar muchos casos que no concuerden con estas bases. Si el sistema A no remite al sistema B sino directamente al sistema C y éste al B, el caso resultará juzgado de diferente manera siguiendo ese sistema, o caemos en un reenvío en primer grado entre los sistemas B y C.

No puede llamarse esto una uniformidad de solución, aun cuando en algunos casos se presente.

3º Se ha hablado de la utilidad del reenvío porque proporciona al juez la oportunidad de fallar de acuerdo con su ley, que —por serle más familiar— podrá aplicarse más fácilmente.

No se puede considerar sino como una excusa a la ignorancia del juez y no puede tener valor práctico, pues, que el reenvío supone el conocimiento que el juez ha adquirido del derecho extranjero, desde el momento en que aplica una regla extranjera de vinculación.

Casos de excepción en que se ha propuesto la admisión del reenvío:

A. El reenvío en el caso de estado y capacidad de las personas.

En razón del respecto debido al Estado en lo que se refiere a la soberanía que ejerce sobre sus nacionales, se ha propuesto admitir el reenvío en esta materia y parece haber tenido aceptación la idea en la conferencia de Oslo a que antes nos hemos referido.

Teóricamente no puede justificarse esa excepción en vista de que las reglas de vinculación no provienen del respeto a ninguna soberanía. Hemos visto ya esto en este mismo capítulo y al estudiar las fuentes de las reglas de vinculación, y no creemos necesario insistir sobre el particular.

B. La admisión del reenvío nos parece evidente en el caso en que la autonomía de las partes puede determinar la ley aplicable al acto jurídico, pues es evidente que en aquellos puntos que en el acto realizado dependen de su voluntad, el autor puede disponer lo que le parezca conveniente. Como hemos de ver al tratar el acto jurídico son pocos aquellos casos en que las partes pueden emplear su voluntad autónoma; pero es indudable que, en estos casos, debe aceptarse en principio la posibilidad del reenvío.

C. Debe aceptarse igualmente el reenvío en segundo grado en el caso en que el sistema señalado como competente sea un sistema jurídico complejo, debiendo tomar en las reglas constitutivas de este sistema la regla de vinculación que señala entre los sistemas simples al que ha de proporcionar la solución.

Esta excepción ha sido admitida por el Instituto de Derecho Internacional en 1880 (artículo 6) y la admiten igualmente Bartin,<sup>114</sup> Arminjon,<sup>115</sup> Niboyet<sup>116</sup> y Weiss,<sup>117</sup> entre otros autores.

Es evidente que estas dos excepciones admitidas no están en pugna con los razonamientos que hemos hecho valer para desechar el reenvío. Constituyen verdaderas excepciones y es tal su fuerza que nos vemos obligados a admitirlas.

### *Las reglas de vinculación en relación con las reglas de derecho transitorio*

Un conflicto de leyes puede presentarse en el tiempo y en el espacio y en uno o en otro caso debemos recurrir a las reglas de conflicto que en el primero se conocen con el nombre de derecho transitorio o intertemporal y en el segundo caso con el nombre de derecho internacional privado.

Entre estas leyes de conflicto pueden surgir nuevos conflictos, presentándose, cuando menos en teoría, la posibilidad de cuatro especies.<sup>118</sup>

a) Conflicto en el espacio de leyes que tienen por objeto resolver conflictos de leyes en el tiempo (conflicto internacional de derecho transitorio).

b) Conflicto en el espacio de leyes que tienen por objeto regular los conflictos de leyes en el espacio (conflicto conocido con el nombre de reenvío).

c) Conflicto en el tiempo de leyes que tienen por objeto regular los conflictos de leyes en el tiempo (conflicto transitorio doble), y

d) El conflicto con el tiempo de las leyes que tienen por objeto regular los conflictos de leyes en el espacio (conflicto transitorio de derecho internacional).

<sup>114</sup> Bartin, *Etudes de droit int. privé. La théorie du renvoi*, pp. 169 y ss.

<sup>115</sup> Arminjon, *op. cit. supra* nota 27, tomo 1, pp. 170 y ss.

<sup>116</sup> Niboyet, *Conflits entre les lois françaises et les lois locales d'Alsace et Lorraine*, pp. 131 y ss.

<sup>117</sup> Weiss, *op. cit. supra* nota 12, III, pp. 79-80. En el mismo sentido Von Bar, *Théorie und praxis* parr. 94; Baty, Th., "La loi nationale dees sujets britannics" en *Rev. de D. Int. et de leg. comp.*, 1922, p. 222.

<sup>118</sup> Ver sobre estos problemas: Ropovilliev, "Le droit civil transitoire on intertemporal", en *Rev. trins. dr. civ.* VII, 1908, 475-477 y obras cit. Paul Roubier, "Les conflits de lois dans le temps en D.I.P." en *Rev. de Dr. Int. Pr.*, 1931, xxvi, pp. 38 y ss.

El caso b) ha sido ya estudiado y el caso c) no forma parte de nuestro estudio <sup>119</sup> por lo cual dedicaremos esta parte de nuestro estudio a los casos a) y d).

### 1º *Conflicto internacional de derecho transitorio*

Este caso se presenta rara vez y, las veces que se presenta, pasa generalmente inadvertido el problema a que puede dar lugar, porque las reglas de derecho transitorio son casi uniformes en todos los sistemas de derecho, siendo por lo mismo idéntico el resultado final que en el caso se obtiene.

Hoy que las reglas de derecho transitorio tienden a modificarse sobre todo en relación con determinadas materias, el problema puede presentar no sólo un interés técnico, sino también un interés práctico que hace su estudio necesario.

El problema se presenta cuando en el orden jurídico designado por la regla de vinculación ha habido un cambio de legislación.

¿Debe el juez aplicar la ley nueva o la ley antigua en vigor en el momento de crearse la relación de que se trata? ¿Cómo debe el juez resolver el conflicto que en el tiempo presenta la ley extranjera aplicable? ¿Debe recurrir y aplicar las reglas del derecho transitorio de la *lex fori* o las reglas del orden jurídico designado como competente? Estas preguntas no habían llamado la atención de los tratadistas, no es sino hasta 1930 cuando M. Bartin <sup>120</sup> pone este asunto en el terreno de la discusión. Paul Roubier <sup>121</sup> cita varias ejecutorias de los tribunales franceses que habiendo tenido que resolver este punto, lo tratan de una manera enteramente superficial. Niboyet <sup>122</sup> plantea el problema considerándolo como una situación especial de reenvío. Debemos considerar que son Bartin, Popoviliev y Roubier los que han venido a fijar las bases del problema que nos proponemos estudiar.

<sup>119</sup> Ver sobre este problema la obra de Roubier, *Les conflits des lois dans le temp*, tomo 1, pp. 35 y 161.

<sup>120</sup> Bartin, *Principes de droit int. privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, Paris, 1930, pp. 296-301.

<sup>121</sup> Roubier, en *Rev. de Dr. Int. Pr.*, loc. cit. Cita entre otros casos el siguiente: (tomado del *Journal de Dr. Int. Pr.*, 1883, 621), la Corte de Bordeaux por decisión del 5 de febrero de 1883, reconoció valor a una disposición retroactiva por la cual el emperador Maximiliano hizo válidos los matrimonios puramente religiosos celebrados en México entre 1859 y 1865. En virtud del decreto del presidente Juárez de 23 de julio de 1859 creando el matrimonio civil y declarando nulos los matrimonios puramente religiosos, la Corte de Bordeaux tuvo que resolver sobre la aplicación de la regla de Maximiliano que retroactivamente los hacía válidos, habiendo declarado aplicable la regla de derecho transitorio contenida en el decreto del emperador.

<sup>122</sup> Niboyet, *op. cit supra* nota 6, p. 494 y *Rev. Dr. Int. Pr. et leg. comp.*, 1929, p. 777.

Niboyet considera este caso como una situación especial de reenvío que debe tenerse en consideración de manera análoga al que hemos supuesto existiendo varias leyes en un sistema jurídico complejo.

El caso de reenvío, siguiendo la ley de vinculación del sistema jurídico complejo, ha sido admitido por la imposibilidad lógica y material de resolver el problema en otra forma.

Además, y esto es a nuestro juicio esencial, la legislación del juez contiene reglas especiales de derecho transitorio que deben ser tomados en consideración.

Roubier cree que, puesto que la ley del juez deja la regulación de una relación de derecho a un orden jurídico extranjero:

debe tratarse de aplicar este derecho extranjero tal como tiene lugar en el país en que rige: si este derecho extranjero ha definido en sus reglas de derecho transitorio cuál de sus leyes debe aplicarse a tal momento, no puede concebirse cómo la ley francesa puede contrariar esa disposición; ella envía, no a tal ley extranjera, designada por su fecha, sino a tal derecho extranjero, y el problema de saber cuál era en el derecho extranjero la ley competente el día de la situación jurídica que se estudia, no puede ser resuelto sino de acuerdo con este derecho extranjero... No podría verse sino un motivo, para que el juez se rehusara a aplicar las reglas del derecho transitorio extranjero, no siendo este motivo especial a la hipótesis que estudiamos: sería sacado de la teoría llamada del orden público internacional.

Bartin nos dice que: “el imperativo de la ley extranjera no puede ser un imperativo francés y no se le pueden aplicar las reglas propias de nuestro transitorio francés”.

No obstante la opinión de tan respetables autores nos permitimos diferir de su manera de resolver el problema.

No podemos estar de acuerdo con Martin en que “el imperativo” extranjero no forme parte de la legislación del juez, pues hemos demostrado antes que la ley extranjera para que pueda ser obedecida y producir efectos ante autoridades ajenas a su sistema, debe ser incorporada por la regla de vinculación. La objeción de Martin no puede tomarse en cuenta.

Al leer la exposición de la tesis que presenta Roubier, nos resalta la necesidad de recurrir al orden público para la debida realización de su tesis, y una tesis que tiene que moderarse con la inadmisibles noción de orden público no es útil en nuestro estudio, es —al contrario— perjudicial, y su examen detenido nos muestra siempre la falla que se cubre con el biombo de la noción arbitraria.

A nuestro juicio, la falla en la tesis de Roubier está en que él piensa, como lo hacen los defensores del reenvío, que las leyes obran de manera general, de acuerdo sólo con su forma y no particularmente, de acuerdo

con su contenido concretado. Roubier nos dice que la disposición que envía a una ley extranjera no señala individualmente la ley, sino el sistema de derecho. Esto es cierto si se mira únicamente la forma de la regla de vinculación y se olvida la existencia de la regla intertemporal del sistema del juez. La regla de vinculación señala una disposición determinada del orden jurídico extranjero, y si ésta disposición, en razón al tiempo de su vigencia, contraría la regla de derecho transitorio de la *lex fori*, sería inaplicable por este solo hecho. La regla de derecho transitorio de la *lex fori* señala cuál de las leyes que se han conocido en el tiempo es la que es capaz de regir la relación de derecho, y en consecuencia cuál es la regla que está en posibilidad de ser incorporada por efecto de la regla de vinculación.

Naturalmente que han de tenerse en cuenta para la aplicación de las reglas de derecho transitorio de la *lex fori* las de igual género de la ley competente; pero sólo para su apreciación como hechos y como causa para la aplicación de las primeras.

No juzgamos definitiva nuestra opinión. El problema se ha estudiado poco y mayores conocimientos del caso pueden traer la posibilidad de nuevos argumentos en pro o en contra.

## 2º *Conflicto transitorio de derecho internacional*

Objeto de mayor estudio ha sido este otro problema cuya mayor frecuencia y cuyos caracteres de especial relieve lo han hecho cuestión debatida vivamente.<sup>123</sup>

Vivas teorías han sido expuestas, debiendo estudiar las principales de entre ellas.

a) Teorías favorables a la retroactividad de las reglas de vinculación.

Los defensores de esta tesis parten de la base de que las reglas de vinculación, por su carácter especial, escapan a las reglas ordinarias de derecho transitorio y particularmente al principio general de la irretroactividad de la ley. La tesis ha sido defendida sobre todo por escritores alemanes, algunas de cuyas teorías pasamos a examinar.

Teoría de Niedner.<sup>124</sup> Las reglas de derecho internacional privado son leyes de origen público, corresponden a la delimitación de la esfera legislativa de un Estado, tienen por fin regular los conflictos de soberanías. De aquí deduce Niedner la necesidad de aplicar a estas reglas

<sup>123</sup> Ver sobre este punto los autores citados por X. Martin en *Essai sur l'application dans le temps des regles de conflict dans l'espace*, Paris, 1928; Sirey, p. 9, nota 1.

<sup>124</sup> Comentarador de la ley de introducción del Cód Civ. Alemán. Sus estudios sobre este punto son: *Das Recht*, 1900, p. 250; *Komentar Z. Einfü hrungs. Ges des B.G.B.*, 3ª ed., p. 295; *Zeitschrift fur Internationales privat. und offentilcher Recht*, 1901, xi, pp. 373 y ss.

—las de derecho transitorio— que son aplicables al derecho público. Las leyes de derecho público se aplican retroactivamente, considerándose las leyes anteriores como definitivamente abolidas desde su abrogación.

Hemos dicho antes que no tiene objeto discutir si las reglas de vinculación son de derecho público o privado. Aun en este caso nos es indiferente si vemos la conclusión que de la distinción pretende sacar Niedner. A nuestro juicio confunde el efecto inmediato de la ley con su efecto retroactivo. Es cierto que las leyes de derecho público se aplican inmediatamente; pero esto no es en razón de ningún tratamiento especial de estas leyes. La posición del derecho público es en este punto idéntica a la posición del derecho privado. La ley fiscal que grava determinadas transacciones sólo debe aplicarse a las transacciones posteriores; la ley que crea una privación del derecho electoral sólo se aplica a elecciones futuras. Las leyes de derecho público, como las de derecho privado, no afectan nunca hechos realizados, salvo disposición interpretativa o formalmente retroactiva.

Nos dice Roubier<sup>125</sup> que, para que las leyes de derecho internacional privado pudieran aplicarse a todo nuevo proceso, debieran ser asimiladas a las leyes del procedimiento y funcionar como leyes dotadas de manera natural de retroactividad. Esto implicaría según Roubier mismo: “que indicaran al juez a cuál de las leyes en conflicto debería apelar para su fallo; sería solamente una base de la actividad del juez en la regulación del proceso.”<sup>126</sup> No admite este eminente jurista esa idea, sobre la cual hemos de volver posteriormente, y se apoya —en el caso que señala Cavaglieri—<sup>127</sup> sobre variación de ley de vinculación sobre capacidad.

Teoría de Franz Kahn.<sup>128</sup> Este autor trata de establecer las bases de un derecho internacional transitorio, pensando que esta rama del derecho debe tener reglas transitorias especiales, deducidas de la naturaleza misma de las cosas. El sostenimiento de la ley abrogada no puede explicarse si no se trata de salvaguardar situaciones legítimamente adquiridas de acuerdo con esta ley. Si se ha obrado sin tener en cuenta una regla determinada de derecho internacional, no puede pretenderse que

<sup>125</sup> *Op. cit. supra* nota 115, p. 66.

<sup>126</sup> *Idem*, p. 67.

<sup>127</sup> *Diritto Internazionale Privato e Diritto Transitorio*, Verone, Padua, 1904, pp. 105 y ss. El caso citado es el siguiente: un estudiante italiano que vivía en Heidelberg (Bade) antes de 1900, concluyó contratos para su subsistencia y alojamiento; la capacidad de este estudiante para obligarse se había apreciado en función de la ley de vinculación entonces en vigor. Si en un proceso seguido posteriormente a 1900 se aplica al caso el derecho internacional privado alemán (Ley de Int. del Cód. Civ.), y resultara incapaz, vendrían a ser nulos los contratos que a su conclusión habían sido válidos.

<sup>128</sup> “Das Zeitliche Anwendungsgebiet der örtlichen Kollisionsnormen”, en *Jherings Jahrbücher, für die Dogmatik des heutigen Römischen und Deutschen Privatrechts* (Jher J.B.), tomo 43, 1901, pp. 299-434.

una vez abrogada se le haga subsistir para proteger algo que nunca ha protegido. Al contrario, cuando la situación ha sido creada en vista de la ley de derecho internacional vigente (como en el caso del estudiante italiano de 19 años que contrata en Heidelberg), debe subsistir la regla de vinculación para proteger los derechos creados a su amparo.

El supuesto de Kahn es inexacto. No hay en general causas que determinen esa distinción. Este autor recurre a decir que cuando el conflicto se presente entre leyes extranjeras, las reglas de derecho internacional pueden obrar retroactivamente, no así cuando esté en juego el derecho del juez, en cuyo caso habrá de aplicarse la ley anterior que daba la competencia al derecho interno.

No puede ser base de una teoría general un razonamiento que en su exposición misma es contradictorio.

b) Teorías fundadas sobre el paralelismo de las leyes transitorias internas y de derecho internacional privado.

Zitelmann<sup>129</sup> entra más al fondo del problema, criticando, desde luego, a Niedner por la pretensión de ver la solución del problema en la clasificación de las reglas de vinculación como de derecho público.

Si se consideran las reglas de vinculación como anexas al derecho interno no habrá dificultad. Son únicamente el medio de que el legislador se vale para completar el derecho interno. En consecuencia, las nuevas reglas de conflicto han de aplicarse sólo a aquellos casos en que la ley interna nueva sea aplicable.

Esta solución supone la aplicación *a priori* de la ley extranjera, es decir, supone el conflicto resuelto en lo cual puede apreciarse una evidente petición de principio.

G. Dienna<sup>130</sup> se aproxima a la solución de Zitelmann, apoyando su razonamiento en que, al referirse a una regla de vinculación, es preciso referirse previamente a una regla de derecho transitorio que la haga aplicable, deduciendo de ahí la identidad de principios de derecho transitorio que puede regir el derecho interno y el derecho internacional; en consecuencia, cuando —de acuerdo con los principios generales o la disposición expresa de una ley transitoria— hay un derecho adquirido por la aplicación de una ley anterior, ésta deberá ser aplicada aún en sus preceptos de derecho internacional privado.

Hemos visto que no podemos tomar en cuenta los derechos adquiridos para ningún problema de derecho internacional privado. El valor de los derechos adquiridos, aun en derecho interno, ha sido muy discutido, y

<sup>129</sup> "Verhältniss der örtlichen und der Zeitlichen Anwendungsnormen", *Jherings Jahrbücher*..., volumen 42, 1900, pp. 189 y ss.

<sup>130</sup> *De la retroactivité des dispositions législatives de dr. int. pr.*, Clunet, 1900, pp. 925 y ss.

los estudios de Roubier<sup>131</sup> han demostrado que esta fórmula es superficial e insuficiente. Al estudiar la teoría presentada por Roubier tendremos oportunidad de entrar a la parte fundamental de la tesis de Dienna.

M. Paul Roubier en su estudio ya citado *Los conflictos de las leyes en el tiempo en derecho internacional privado*,<sup>132</sup> cuya exposición hemos seguido a grandes rasgos, después de hacer un estudio de las teorías que dejamos vistas propone la siguiente solución que considera como verdadera: Aplicación de los principios generales del derecho transitorio a las situaciones jurídicas del derecho internacional.

Funda su tesis como sigue:

I. Los principios generales en materia de derecho transitorio son: a) Las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo, es decir, no vuelven sobre los hechos consumados (*facta praeterita*); b) Las leyes nuevas tienen efecto inmediato sobre las situaciones en curso (*facta prudentia*) a partir del día en que entran en vigor; c) Sin embargo, las leyes nuevas relativas al régimen de los contratos no tienen efecto sobre los contratos en curso.<sup>133</sup> Estos principios del derecho francés regirán naturalmente sólo en Francia. Cada Estado tiene sus propios principios que son los que debe aplicar cada juez con exclusión de cualquier otro.<sup>134</sup> Declara que no hay razón para justificar un régimen especial y que en consecuencia deben seguirse los principios generales.<sup>135</sup>

II. Vuelve a estudiar la tesis de Niedner sobre si son las leyes de orden público o privado y a continuación dice: "Igualmente condenable nos parece la opinión según la cual se considera la regla de vinculación como regla de procedimiento desechándola."

III. Hace excepción por lo que se refiere a las reglas que determinan el alcance de las reglas de vinculación, refiriéndose a las reglas que se refieren al reenvío, al orden público internacional.

En materia de reenvío sostiene su tesis; en cuanto al orden público toma las palabras de Bartin:<sup>136</sup> "Las disposiciones de orden público internacional son las contemporáneas al proceso." Como el orden público sirve para todo, justifica también la retroactividad de las normas que lo contienen.

<sup>131</sup> *Op. cit. supra* nota 115, pp. 321 y ss. Ver igualmente Vareilles-Sommiers, *Une nouvelle théorie sur la rétroactivité des lois*.

<sup>132</sup> *Rev. de Dr. Int.* pr. 1931, pp. 38 y ss.

<sup>133</sup> La justificación y explicación de los principios puede verse en la obra de Roubier en *op. cit. supra* nota 115, pp. 428 y ss., 547 y ss., 574 y ss.

<sup>134</sup> Nótese la contradicción en que incurre Roubier con la tesis que sostiene para el caso del problema que estudiamos antes de éste.

<sup>135</sup> En el mismo sentido Lapradelle et Niboyet, *Repertoire IV*; Sirey, T. V. *Conflicts dans le temps*, N° 46, p. 618.

<sup>136</sup> *Op. cit., supra* nota 117, p. 257.

A nuestro juicio, parte Roubier de una base falsa. Los principios que señala como fundamentales no lo son sino en apariencia. Recordemos el lógico razonamiento que Beale<sup>187</sup> hace valer al tratar la teoría llamada "of the veated rights" y que hemos visto al tratar del valor de los derechos adquiridos.

La ley es una disposición general que rige situaciones jurídicas futuras. Para crear los derechos, ella establece que ligará un derecho<sup>188</sup> a la realización de un acontecimiento determinado; la ley agrega a este hecho una cierta consecuencia que es la creación de un derecho legal. La creación de un derecho está por tanto subordinada al acontecimiento de ciertos hechos.

Cuando el derecho ha sido creado, éste deviene un hecho y su existencia puede ser un factor del acontecimiento que la misma ley u otra ley considere como la condición de un derecho nuevo. En otros términos, un derecho puede ser cambiado por la misma ley que lo creó o por otra ley que tenga sobre él autoridad.

La fuerza lógica del razonamiento de Beale nos lleva a concluir que los principios fijados por Roubier son falsos en derecho y no pueden fundar una teoría general.

La regla de derecho internacional que ordene vincular tal relación a tal orden jurídico no puede estar limitada en su aplicación por las consideraciones que señala Roubier. Es una norma que fija una acción del juez a la realización de las circunstancias requeridas para la vinculación. La apreciación de si hay un hecho consumado, una situación en curso o un contrato, ¿va a depender de que se aplique la regla de vinculación actual o anterior? No puede resolverse en vista de un hecho que queda por apreciar.

Si la ley tiene autoridad sobre el caso, la ley del juez es la que va a determinar sobre la existencia del derecho, sus caracteres, etcétera, y esta determinación la hace mediante la norma de vinculación, no puede dejarse la aplicación de esta norma al derecho que se va a juzgar.

Además no será la norma de vinculación idéntica a la norma procesal; pero no es válido el argumento que Roubier pretende hacer valer. Dice Roubier que la ley de derecho internacional privado tiene por objeto guiar no sólo la decisión del juez, sino también la actividad de las partes. Si ésta fuera la única distinción posible entre las leyes adjetivas y las sustantivas, todas las normas jurídicas serían adjetivas. Todas regulan la actividad de los jueces, y en atención a esa posible actividad de la autoridad estatal las partes orientan su actividad.

<sup>187</sup> Beale, *op. cit. supra* nota 15, párrs. 2, 4 y 5.

<sup>188</sup> Actividad del Estado de acuerdo con las ideas de la Escuela Vienesa del derecho puro.

La regla de vinculación es la orden dada al juez de apreciar una situación de derecho o de mover su actividad en el sentido que marque una disposición legislativa de un orden jurídico extraño al del juez.

Una vez que el legislador señala al juez la manera de obrar en este punto, no puede hacerlo de acuerdo con las leyes de vinculación anteriores que sólo pueden tener influencia como las reglas de derecho transitorio extranjerías, hechos de acuerdo con los cuales entra en juego la ley actual.

Naturalmente no puede afectar situaciones de hecho realizadas, consumadas por una imposibilidad natural.

La norma de vinculación señala la actuación que, desde su promulgación, ha de llevar a cabo el juez en los casos de conflicto de leyes. Actuación futura, semejante en esto a la ley procesal; aunque no idéntica.

No puede decirse que la ley de vinculación obre retroactivamente porque no afecta situación alguna en su fondo. Es sólo ley adjetiva. Señala la ley que ha de aplicar el juez sin resolver el problema, sin crear ni modificar derecho.

#### PARTE OCTAVA

### LÍMITES GENERALES DE LA EFICACIA DE LAS NORMAS DE VINCULACIÓN

Al hacer la clasificación de las normas que integran un orden jurídico vimos que algunas de ellas no pueden dejar de aplicarse en ningún caso y, en consecuencia, no pueden substituirse por normas jurídicas de sistemas extraños, aun cuando aparentemente sean señaladas como aplicables por las reglas de vinculación —y sólo aparentemente— porque no pueden ser objeto de las reglas de vinculación las normas fundamentales constitutivas de un sistema.

Prescindiendo, en consecuencia, de ese grupo de leyes, hemos de estudiar en esta parte de nuestro programa los casos en que la importación de la ley extranjera se produce en virtud de la regla de vinculación y de su acción sobre aquellas normas que pueden ser su objeto y, no obstante eso, diversas circunstancias pueden hacer que el juez deje de aplicar la ley extranjera incorporada.

Tendremos que estudiar las diversas causas que se han señalado como motivos de la falta de aplicación de la ley extranjera, examinando su valor lógico y viendo si son o no de aceptarse.

1º Al principiar nuestro estudio de los principios fundamentales del derecho internacional privado hicimos constar la inutilidad de la noción

de orden público para señalar reglas o excepciones en el estudio de nuestra materia y señalamos como conclusión la necesidad de olvidarnos de esa noción que sólo es un biombo tras el cual se nos pueden ocultar las verdaderas soluciones del problema. Hemos visto cómo sus mismos defensores hacen notar la insuficiencia, la confusión y la vaguedad de este concepto.

Por el momento no nos importa si es el "remedio contra la nociva aplicación de la ley extranjera",<sup>139</sup> "la forma del egoísmo nacionalista"<sup>140</sup> o "la forma en que el sistema territorial impone la fuerza sobre el derecho".<sup>141</sup> Estas consideraciones nos parecen secundarias, más aún cuando ha sido ya tratado en la parte especial que a esta noción dedicamos.

Lo que es en este momento de vital interés para nosotros es determinar qué es lo que tras de la noción de orden público existe. Quitado el biombo, qué es lo que éste deja descubierto.

Si pretendemos escudriñar el espacio descubierto desde el mismo punto en que se colocan los defensores del orden público, seguramente nada hemos de encontrar que venga a satisfacer nuestro espíritu de investigación. Tenemos que colocarnos en un plano distinto y, una vez determinada nuestra investigación, volveremos a ocupar el puesto primitivo para comprobar que hemos logrado encontrar lo que cubría la nebulosa del orden público.

2º El fraude a la ley. Es una cuestión sumamente debatida entre los tratadistas y merece igualmente un estudio lo más profundo posible para que podamos conocer la posibilidad de tenerlo en cuenta como excepción a la eficacia normativa de la ley extranjera aplicable.

3º Hay además varias otras excepciones cuyo estudio tiene menor importancia; pero que es preciso que conozcamos para poder hacer obrar lógicamente los principios fundamentales que estudiamos sobre los casos particulares que hemos de estudiar después y que han de dar vida práctica a estos principios.

A nuestro juicio, el estudio de las excepciones que deben tener las reglas de vinculación no puede orientarse debidamente si no se plantea el asunto con toda lógica.

Puede presentarse el asunto en dos aspectos diversos: 1º Suponiendo que las circunstancias determinen la aplicación de la norma de vinculación y ésta la incorporación de la ley extranjera, ¿puede haber causas que hagan ineficaz la ley extranjera incorporada?, y 2º ¿Puede haber causas que hagan ineficaz no ya la ley extranjera sino la misma regla de vinculación?

Cavaglieri<sup>142</sup> plantea el problema como "límites generales de aplica-

<sup>139</sup> Niboyet, *op. cit. supra* nota 113.

<sup>140</sup> Simons.

<sup>141</sup> Frankenstein, *op. cit. supra* nota 107.

<sup>142</sup> Cavaglieri, A., *op. cit. supra* nota 57, p. 70.

ción de la ley extranjera” debiendo a nuestro juicio formularse de manera muy semejante sólo la primera cuestión; pero no debemos perder de vista que puede haber circunstancias que hagan ineficaz la norma de vinculación.

Estudiaremos primeramente las causas que puedan hacer ineficaz la norma extranjera de solución, pasando después a estudiar las causas que pueden hacer ineficaz la norma de vinculación.

*1º Casos en que el juez debe negar eficacia a la norma extranjera*

Cuando en un caso dado el juez encuentra aplicable una ley extranjera es porque una regla de vinculación ha incorporado a esa ley extranjera a su propia legislación. La incorporación formulada de manera general puede llevarnos a encontrar como aplicable una ley cuyo contenido es inadmisibles en la legislación a que se halla incorporada. Esto ha llevado a Arminjon a aceptar el principio de orden público en su idea original, variando, sin embargo, su nombre y su significado; aunque conservando sus lineamientos fundamentales.<sup>143</sup>

Al encontrar el juez la ley extranjera inadmisibles, la incorporación se ha llevado a cabo, y tendría el juez que dejar sin efecto la regla de vinculación.

El caso no es siempre así; pero evidentemente hay ocasiones en que se presenta con esos caracteres. El juez, sin embargo, no puede aplicar o dejar de aplicar la regla de vinculación en vista del buen o mal resultado de una incorporación. Lo que sí puede válidamente hacer es negar eficacia a la ley extranjera importada en vista de un principio superior que se imponga imperativamente y que necesariamente haga inaplicable la ley extranjera.

Esta necesidad se ha tratado de satisfacer con la noción inadmisibles del orden público.

Para resolver el problema es preciso plantearlo debidamente y preguntarnos: ¿en qué casos puede el juez negar eficacia normativa a la ley extranjera que la regla de vinculación ha incorporado al orden jurídico del juez?

Ya planteado así el problema tenemos que estudiarlo de una manera seria, viendo —en primer lugar— el papel que corresponde a la ley extranjera dentro del orden jurídico a que ha sido anexada.

*Papel de la ley extranjera incorporada al orden jurídico del juez*

Con la mira de dar a cada caso la solución más justa y más útil, el Estado considera necesario en determinados casos agregar a su legislación normas de órdenes jurídicos extranjeros.

<sup>143</sup> Arminjon, *op. cit. supra* nota 27, tomo 1, Nº 79, p. 195.

Estas normas pueden ser de ejecución cuando ordenen a la autoridad estatal sancionar o ejecutar en determinado sentido cuando se realice la hipótesis que la norma ejecutiva supone.

Veamos cuál es normalmente la actuación de la autoridad estatal frente a esas normas:

La primera condición para que un caso cualquiera pueda interesar a la autoridad estatal es que ese caso sea considerado, lo defina, lo califique.

Si hemos dicho que no podemos suponer un sistema de derecho sin las definiciones de los elementos que van a ser empleados en su construcción no podemos tampoco suponer la actuación de la autoridad sin haber precisado antes la causa de su actuación, la relación de derecho sobre la cual va a declarar, la declaración que ha de hacer, la ejecución que ha de llevar a efecto como resultado de la declaración hecha.

Tiene esto mayor importancia si se piensa que le autoridad estatal, como tal, es incapaz de agregar nada a la ley que norma sus acciones.

Si en nuestro sistema de derecho no existe la pena de muerte civil, el juez no puede siquiera pensar, como juez, en aplicarla. Si en nuestro derecho no existe la institución de heredero fideicomisario, el juez no puede siquiera pensar en hacer una declaración de heredero en esos términos, aun cuando el autor de la herencia lo haya dispuesto así (artículo 1355 del Código Civil para el Distrito Federal).

Conociendo la autoridad que el caso que se le presenta está calificado como un caso jurídico, deberá ver si se han reunido las condiciones que son supuestos de la acción estatal y una vez comprobado esto, proceder a ejercer la actividad en el sentido que marquen las leyes de ejecución.

Es por tanto condición primordial de la actividad estatal que el caso que se presenta pueda ser causa de esa actividad. Si a un juez de México se le presenta una demanda pidiendo la investigación de la paternidad, él tendrá que negarse a admitirla por ser una función que no es propia de la autoridad del Estado. Si a un juez italiano se le pide que declare el divorcio de dos franceses no podrá hacerlo porque como juez no conoce el divorcio, porque esta institución no existe en su derecho.

*La autoridad estatal no puede entrar en acción sino en aquellos casos en que por voluntad del Estado ha de hacerlo, y sólo en esos casos.* Suponer otra cosa sería tanto como admitir la posibilidad de que la autoridad se mueva fuera del campo del derecho.

El señalamiento de los casos en que la autoridad puede entrar en movimiento sólo puede hacerlo el Estado del que forma parte la autoridad y lo hace al calificar las relaciones de derecho, es decir, por un acto previo lógicamente a la formación del orden jurídico.

La calificación de las relaciones de derecho, su definición, la fijación de sus caracteres elementales viene a ser la piedra angular de todo orden

jurídico, las demás disposiciones que van a formar el sistema de derecho son en relación a este punto fundamental, lo que las leyes secundarias, en relación a las leyes constitucionales. Su valor depende de su conformidad con la ley de categoría superior.

Una disposición legislativa que al regular el funcionamiento de una institución de derecho fuera contraria a los elementos constitutivos de esa institución, tendría que quedar sin eficacia o modificaría a la institución que rige.

Si una ley admite la posibilidad de declarar el divorcio en casos determinados, en un sistema de derecho que considere el matrimonio como vínculo indisoluble, quedará sin efecto o modificará la naturaleza del matrimonio.

Una interpretación justa de esa ley declararí que es inaplicable por ser contraria a la naturaleza de la relación que regula.

Tomando en cuenta lo anterior, debemos afirmar que: las reglas de calificación de un sistema de derecho deben mantenerse primordialmente, y, en consecuencia, podemos dejar establecido que las leyes que determinen la sanción o ejecución que debe llevar a cabo la autoridad estatal en la hipótesis señalada por la ley y las leyes que determinen las condiciones en que ha de entenderse realizada la hipótesis, deben tener eficacia solamente en tanto no alteren la regla de calificación sobre la que se basan.

Desde luego, estos dos límites señalados en general son aplicables a la eficacia normativa de la ley extranjera.

De los dos principios afirmados antes podemos deducir:

1º Sólo tendrán efecto en un sistema jurídico aquellas normas extranjeras que señalen las condiciones de realización de una hipótesis ya prevista por la ley interna y las que señalen la actividad que la autoridad estatal debe efectuar en caso de realización de la hipótesis.

2º Tendrán efecto las normas extranjeras en tanto no modifiquen los caracteres esenciales de la relación de derecho que son llamadas a regir.

Podemos establecer la deducción porque si para que la ley extranjera tenga eficacia normativa es necesario considerarla ley nacional, no podemos considerarla con una eficacia distinta de la que la ley nacional puede tener y deben obrar respecto de ella las mismas causas que limitan la eficacia normativa de la ley interna.

Creemos que estas dos proposiciones no pueden tacharse de ilógicas ni de imprecisas. Su actuación es o puede ser más fácil de seguir y su valor depende del conocimiento mismo del derecho. Llena a la vez la necesidad que existe en todo estudio jurídico de apegarse a la más estricta lógica y la necesidad práctica de tener un alcance preciso y una fácil aplicación.

Pensamos que la silueta de estas dos proposiciones se dibujaba ya en el biombo de la noción del orden público merced a la ley que sobre esta

noción proyectaran los más recientes estudios, encontramos la causa del "mínimum de equivalencia jurídica" que exige Niboyet para la aplicación de la ley extranjera<sup>144</sup> la "solución justa y útil, fija y dependiente de la autoridad del sistema" en que la cuestión se plantea tal como lo pretende Arminjon<sup>145</sup> justifica, a nuestro juicio, ampliamente la ineficacia de la ley extranjera, causada en la indispensable eficacia de la ley nacional restándose así valor a la imputación de Frankenstein de que con el pretexto del orden público se impone por la fuerza la ley territorial sobre la ley aplicable. El mismo sistema de estudio que él propone, "el conocimiento del derecho", nos lleva a fijar lógica y jurídicamente las causas por las cuales puede negarse eficacia a la ley extranjera designada como aplicable.

Sería largo y, a nuestro entender, inútil, hacer patente la aplicación de los principios que formulamos a los casos que se han resuelto hasta hoy con el auxilio de la idea del orden público, pudiendo hacerse la comprobación en la forma que se crea conveniente y habrá que observar que la mayor precisión de las bases que proponemos nos lleva con mayor seguridad a conclusiones casi siempre iguales a las encontradas a fuerza de habilidad, de grandes raciocinios y tanteos por medio del principio que hemos desechado. En otros casos resultan conclusiones distintas cuya lógica, no obstante, no puede ponerse en duda.

Podemos resolver en consecuencia la pregunta que nos hemos planteado, en estos términos:

I. El papel de la ley extranjera incorporada al orden jurídico del juez es simplemente completar este orden jurídico, cuyas bases fundamentales están ya puestas;

II. El juez debe negar eficacia normativa a la ley extranjera cuando, siendo importada por efecto de la norma de vinculación, no cumple el objeto para que ha sido incorporada, produciéndose esto en los dos casos señalados anteriormente.

Queda así resuelto el primero de los problemas planteados respecto de los límites generales de la eficacia de las normas de vinculación.

La resolución de este primer problema trae como consecuencia una cuestión secundaria: ¿Cómo debe actuar el juez después de haber considerado ineficaz la ley extranjera designada como aplicable? Esta pregunta puede resolverse siguiendo el orden de cosas ya marcado.

El juez debe considerar ineficaz la norma jurídica extranjera por no llenar su objeto complementario de las bases fundamentales, de los principios de construcción del orden jurídico que la incorpora. El sacrificio de la eficacia normativa aparece en vista de los principios constructi-

<sup>144</sup> Niboyet, *op. cit. supra* nota 6, pp. 531 y ss.

<sup>145</sup> Arminjon, *op. cit. supra* nota 27, tomo 1, pp. 224 y 225.

vos del sistema, en consecuencia deben aplicarse éstos. Su reglamentación la deberá proporcionar la ley positiva del juez, puesto que en el caso los principios fundamentales quedan sin complemento y ese complemento no puede ser buscado en otra parte si no es en las mismas disposiciones complementarias de su ley.

Esto no significa la total ineficacia de la ley extranjera señalada como competente. La causa misma de su ineficacia nos muestra la posibilidad de aplicarla parcialmente en tanto sea jurídicamente posible de acuerdo con los principios que hemos dejado expuestos.

### *2º Causas de ineficacia de las reglas de vinculación*

Debemos considerar dos casos de ineficacia de la regla de vinculación. El primero de ellos, la ausencia en la ley extranjera señalada como competente, de la institución de derecho a que el caso pertenece; y la segunda, la procedente del fraude a la ley, cuyo estudio hacemos en segundo término.

*A. Inexistencia de disposición en la ley extranjera.* Calificada por el juez la relación de derecho cuyo conocimiento ha aceptado y señalada provisionalmente la institución de derecho de la que deriva, tiene el juez el deber de investigar la ley competente para regir cada uno de los elementos de esa relación. Si las reglas de vinculación la obligan a incorporar disposiciones de un orden jurídico extranjero, tiene el deber de actuar en el sentido que marca la regla de vinculación y aplicar la ley extranjera, salvo el caso de su ineficacia.

Pero puede presentarse el caso, y frecuentemente sucede, que en el orden jurídico competente no exista la institución de derecho, cuya reglamentación busca el juez en el derecho extranjero.<sup>146</sup> Es notorio que conociendo el objeto, en ese caso particular, la regla de vinculación es ineficaz y el juez se ve obligado a obrar como si no existiera, no porque se considere nuevamente vinculado el elemento de la relación a la ley del juez, sino porque en la imposibilidad de aplicar la ley designada como competente el juez tiene que obrar y sólo puede hacerlo en dos formas:

*I.* Cuando la existencia de la ley extranjera tenga carácter de base de la acción del juez, dentro de la hipótesis general del legislador, el juez tendrá que negarse a la acción.<sup>147</sup>

<sup>146</sup> Tal es el caso en que, tratándose de saber las condiciones en que el marido ha de administrar los bienes de la sociedad conyugal, se señala como competente el orden jurídico de uno de los Estados de la república en que rige la Ley de Relaciones Familiares que desconoce esa institución.

<sup>147</sup> Sería el caso cuando en derecho penal se pidiera el castigo de un hecho delictuoso que no estuviera contenido en la legislación del país en que el acto se ejecutó, o en derecho civil, cuando se exigiera el cumplimiento de obligación unilateral desconocida por la ley competente para el nacimiento de la obligación.

II. Cuando la existencia de la ley extranjera no tenga carácter de base de la actividad del juez, sino que teniendo el juez obligación de actuar venga a ser la ley extranjera reglamentaria de su actividad, de acuerdo con las reglas de vinculación, debe el juez cumplir la ley que le ordena actuar (su propia ley) y seguirla en su reglamentación, es decir, obrar de acuerdo con su ley.<sup>148</sup>

Estas dos proposiciones son claras si consideramos la naturaleza de la norma jurídica, como antes hemos demostrado, como la norma de actividad del juez, y vemos la necesidad de que el juez tome de su propia ley el concepto primordial de su actividad. Hemos dicho al estudiar las reglas de calificación que éstas, siendo la base de construcción del orden jurídico, señalan al juez como autoridad estatal, las causas primordiales de su actuación, designando entre todos los actos posibles aquellos cuya realización tiene como consecuencia la obligación del juez de actuar. Esas bases primordiales tiene el juez que tomarlas de su propia ley y ver en seguida si la hipótesis prevista se ha realizado y en este caso, ejecutar o sancionar. La obligación del juez es ineludible y por esto si la existencia de la ley extranjera es el supuesto de la ley, tiene el juez que negarse a actuar; en cambio, si la ley extranjera competente sólo da al juez la norma de acuerdo con la cual ha de sancionar o ejecutar, o fijar sólo las condiciones materiales de realización de la hipótesis, teniendo el juez el deber de actuar debe buscar esas normas en su propia ley, pues su deber es ineludible. Estando calificado el caso como relación de derecho o comprobando la existencia de la relación que obliga al juez a actuar, pueden quedar sólo por determinar las normas que han de servir al juez para decidir y las normas que le señalen la ejecución o la sanción como consecuencia del proceso. Si esas dos clases de normas han de tomarse de una legislación extranjera, el juez se ve obligado a buscarlas en su propia ley para cumplir debidamente su misión de autoridad estatal.

B. *El fraude a la ley.* No encuentro debidamente expuesta la noción de fraude a la ley en ninguno de los autores que he podido consultar, esperando ver la exposición que del asunto hace G. Pacchione, cuyo libro

<sup>148</sup> Podemos señalar como ejemplo el conocido del divorcio de italianos en Francia. El juez tiene obligación de decretar el divorcio, conoce el matrimonio sólo como vínculo disoluble por la definición de la ley. La ley extranjera no establecerá la existencia de la institución de derecho "divorcio" sino sólo las causas y los efectos, en caso de ser competente. Si la ley extranjera no conoce la existencia del divorcio no puede aplicar el juez sino las reglas de su propia legislación que reglamentan la institución, puesto que tiene el deber de actuar y no se proporciona la ley extranjera los medios necesarios. Que en Italia no exista el divorcio quiere decir solamente que los jueces italianos no pueden romper el vínculo matrimonial que su ley considera indisoluble y que no condena la de la legislación francesa que, considerando el matrimonio disoluble, obliga a los jueces a declarar el divorcio en determinados casos.

debe llegarme a fin de este año. Sólo entonces podré tomar opinión definitiva sobre el asunto.

Hasta ahora me parece que no se trata de una causa de ineficacia de las reglas de vinculación, sino sólo de una posible causa de nulidad del acto jurídico que realiza la hipótesis de estas reglas.

## PARTE NOVENA

### CIRCUNSTANCIAS DE VINCULACIÓN

Aún no he decidido si deben formar parte del estudio de los principios fundamentales o del estudio de los problemas de derecho internacional privado.