

# LA REGLA DE CONFLICTO \*

Edoardo Vitta

**1. OBJETO, FUNCION Y NATURALEZA JURIDICA. 2. ESTRUCTURA DE LA REGLA DE CONFLICTO: LA REMISION. 3. INTERPRETACION: CALIFICACION: REENVIO. 4. CONTINUACION.: ORDEN PUBLICO; CUESTION PRELIMINAR: ADAPTACION: RECIPROCIDAD. 5. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO: APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO: SU NATURALEZA JURIDICA, SU INTERPRETACION Y SU CONSTITUCIONALIDAD. 6. CONTINUACION: APLICACION DE LA *LEX FORI* EN VIRTUD DE LA REGLA DE CONFLICTO O EN SUSTITUCION DEL DERECHO EXTRANJERO. 7. LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO. NOTAS.**

## 1.- OBJETO, FUNCION Y NATURALEZA JURIDICA.

El método conflictual se caracteriza por el hecho de que, la elección entre las leyes en presencia en un caso con elementos extranjeros, se realiza por un tipo particular de reglas; las "reglas de conflictos de leyes" o, más brevemente, "reglas de conflicto" (también llamadas "reglas de vinculación"). Los juristas de varios países se han hecho cargo de la elaboración teórica de la forma de ser y la naturaleza jurídica de estas reglas y, sus investigaciones constituyen desde entonces un patrimonio cultural común de la doctrina del derecho internacional privado.<sup>1</sup>

Estudiaremos en primer lugar el objeto, función y naturaleza de las reglas de conflicto bilaterales y, posteriormente, su estructura, así como los problemas que derivan de la adopción por tales reglas de uno o varios puntos de conexión. En este tema se habla de remisiones o vinculaciones únicas o múltiples.

El objeto de las reglas de conflicto era, según Savigny, la relación de derecho y la ley aplicable a esa relación; con ello abandonó la concepción de los estatutarios, según los cuales las reglas de conflicto se relacionarían con las leyes en presencia y con la elección entre ellas.

Sin embargo, la concepción de Savigny ha evolucionado en la doctrina posterior, según la cual el objeto del derecho internacional privado y de sus reglas no es la relación de derecho, sino los hechos de la vida social.<sup>2</sup> Ya Ludwing von Bar hacía notar que sería un error considerar a la relación de derecho como el objeto de las reglas en conflicto; esta expresión contemplaría algo que ya estaría regulado y no algo que debe aún serlo<sup>3</sup>. Aún más claramente, Ernst Rabel escribió que el objeto de la regla de conflicto es una relación de la vida (*Lebensverhältnis*), es decir un hecho social (*Tatbestand*), aún no calificado jurídicamente<sup>4</sup>. Este punto de vista ha sido aceptado por varios autores<sup>5</sup>, pero, según nosotros, la cuestión es susceptible de precisiones ulteriores.

Parece, en efecto, que las reglas de conflicto tengan a la vista, más que hechos, especies, es decir hechos considerados bajo una óptica determinada. Con ello queremos decir que, el objeto de las reglas de conflicto no puede ser establecido "in abstracto", sino solamente en relación con una regla determinada, al momento en que se lleva a cabo su

\* Este trabajo es el capítulo segundo del Cours Général de Droit International Privé impartido por el autor en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, publicado en el volumen 162 del Recueil des Cours. La traducción al español es de Fernando Alejandro Vázquez Pando.

aplicación. Es entonces, en efecto, cuando se plantea la cuestión de si los hechos sobre los cuales se funda la demanda justifican, en consideración a la forma en la cual aparecen en la especie, la aplicación de esta regla. Resulta que el objeto de las reglas de conflicto son efectivamente hechos, pero no hechos apartados de su contexto, sino vistos a la luz de las consecuencias jurídicas que se desean obtener. En otros términos, su objeto no es una relación jurídica ya cristalizada, ni, al contrario, hechos considerados en sí, sino más bien, los hechos de la especie de que se trata con las características individuales que les son propias <sup>6</sup>.

Hay que añadir en seguida que, las especies contempladas por las reglas de conflicto son solamente aquéllas en las cuales se comprueba la presencia de elementos extranjeros. Porque, cuando los hechos deducidos en justicia tienen un carácter puramente interno, en el sentido de que agotan sus efectos en el interior del Estado de que se trata, el derecho internacional privado y sus reglas no se toman en cuenta. Cuando es el caso, se aplicará directamente el derecho interno de ese estado ("*lex fori*"), sin que haya necesidad de ninguna intermediación del derecho internacional privado. Como lo hizo notar muy bien Jacques Maury, "la vida social nacional, la vida real interna es sometida al derecho interno sin que haya de plantearse o de resolverse a este respecto problema conflictual alguno" <sup>7</sup>.

La distinción entre especies puramente internas y especies con elementos extranjeros se deriva, por tanto, de la presencia de puntos de contacto con órdenes jurídicos extranjeros en razón de la nacionalidad o del domicilio de las partes, del lugar de situación de los bienes, del lugar de conclusión o de ejecución del contrato, etc. <sup>8</sup>.

Se trata naturalmente, de una distinción empírica, ésta se precisa sin embargo, a la luz de la forma de ser de cada sistema de derecho positivo y de los elementos que este sistema considera susceptibles de conferir al caso de que se trata, un carácter, justamente, de extranjería. Pero en su esencia, esta distinción constituye un punto de arranque útil para todo estudio de nuestro tema.

La segunda pregunta es: ¿cuál es la función de la regla de conflicto? Si se acepta lo que se acaba de decir con relación al objeto de estas reglas, es fácil responder que las mismas se enfocan a determinar la ley aplicable a las especies con elementos extranjeros y, dado que las especies en cuestión están caracterizadas por contactos sea con un orden o varios órdenes jurídicos extranjeros, sea con el orden local (ello es necesario ya que, de otra forma, la pregunta no se formularía en el foro), se deriva que las reglas de conflicto tienen la doble función de hacer aplicable, según el caso, la ley local o bien una ley extranjera <sup>9</sup>.

Se han hecho referencias a "la ley", nacional o extranjera, que regula las especies con elementos extranjeros en virtud de las reglas de conflicto. Debe entenderse por ello el derecho o, mejor aún, el orden jurídico, nacional o extranjero, del cual se tomará la norma o las normas que regulan estas especies. En efecto, las expresiones "ley del foro" y "ley extranjera" son expresiones sintéticas para indicar algo más amplio. Más particularmente, se hace referencia a los conjuntos legislativos, u órdenes jurídicos compuestos de normas cada una de las cuales deriva su individualidad del hecho de su relación con las otras y que tienen el contenido que deriva de tal conexidad. Es una cuestión a primera vista sólo terminológica, pero que encierra una diferencia que es mejor precisar <sup>10</sup>.

Se notará que ciertos autores, que también admiten la doble función de las reglas de conflicto, la entienden de una forma mucho más amplia que aquélla que acabamos de indicar. Según ellos, en efecto, estas reglas indicarían no solamente si la ley local o una ley extranjera se aplica en los casos con elementos extranjeros, sino, también cuando es aplicable la ley local a casos puramente internos <sup>11</sup>. Otros autores (más recientemente que aquéllos que acabamos de mencionar), aún admitiendo que las reglas de conflicto tienen por objeto únicamente los casos con elementos extranjeros, añaden sin embargo que dichas reglas tendrían la única función de hacer aplicable a estos casos una ley

extranjera. Según ellos, cuando se aplica a los casos en cuestión la ley local, ello no derivaría del funcionamiento de la regla de conflicto sino del hecho de que la "*lex fori*" es la ley generalmente aplicable en el foro <sup>12</sup>.

No se puede estar de acuerdo con estas conclusiones. Porque cuando nos encontramos en presencia de casos con elementos extranjeros, el juez obviamente se formula la pregunta de si debe aplicar una ley extranjera (y cuál ley extranjera), o bien la ley local, a pesar de la presencia de estos elementos. Y sólo la regla de conflicto puede darle una respuesta a tal cuestión. Tomemos el caso de un juez italiano al que se le presente una sucesión caracterizada por una relación con el orden jurídico local (un difunto ciudadano italiano) y por algunas otras relaciones con órdenes jurídicos extranjeros (herederos o legatarios extranjeros, bienes sucesorios situados en el extranjero, etc.). Este juez aplicará la ley italiana porque la duda que pudiera tener en cuanto a la ley aplicable está resuelta en el artículo 23, disposiciones preliminares al Código Civil, que le indica que la nacionalidad italiana del difunto hace aplicable el derecho italiano a pesar de la presencia de cualquier otro elemento extranjero. No podría llegar a esta conclusión sobre la única base del hecho de que el derecho italiano es generalmente aplicable en Italia, sino que requiere de la especificación que le proporciona la regla de conflicto incorporada en el artículo 23.

La tercera pregunta es: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de las reglas de conflicto? Constatemos que se trata de reglas instrumentales, ya que las mismas no regulan el fondo de las cuestiones que constituyen su objeto (como lo hacen las reglas materiales), sino que se limitan a proporcionar un medio técnico para alcanzar su objetivo mediante la indicación de la ley material que debe ser tomada en consideración para tal efecto <sup>13</sup>. En otros términos, se trata de reglas indirectas que no dicen, como lo hacen la gran mayoría de las reglas jurídicas, "los hechos siguientes son regulados de la manera siguiente...", sino que siguen un esquema bien diferente, ya que dicen: "Los hechos siguientes son regulados por tal o cual cuerpo de reglas materiales".

Podría hacerse la objeción de que una reglamentación indirecta, tal como la efectuada por las reglas de conflicto, no es una verdadera reglamentación, ya que se limita a realizar una condición para la reglamentación efectiva, efectuada por el derecho material indicado, justamente, por la regla en cuestión. Pero se puede responder que todo aspecto del procedimiento de reglamentación (incluida la indicación de la ley material que regulará los hechos de que se trata) tiene por objeto esos hechos.

## 2.- ESTRUCTURA DE LA REGLA DE CONFLICTO: LA REMISION.

El objeto y la función de la regla de conflicto determinan su estructura, que es la siguiente: a) primera parte de la regla: indicación de los hechos que constituyen su objeto; b) segunda parte de la regla: indicación de las circunstancias (también: puntos o elementos) de conexión, mediante las cuales estos hechos son vinculados al orden jurídico (nacional o extranjero) que proporcionará la reglamentación. Tomemos por ejemplo, el artículo 17, disposiciones preliminares del Código Civil italiano: "El estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia" (indicación de los hechos que constituyen el objeto de la regla de conflicto), se rigen "por la ley del estado al cual las mismas pertenecen" (vinculación —en este caso la nacionalidad de las partes— al orden jurídico que proporcionará la reglamentación). Cualquier otra regla de conflicto (aún no escrita) puede ser analizada de la misma manera <sup>14</sup>.

El elemento más característico es pues la remisión o vinculación (*Anknüpfungspunkt* según la expresión alemana originalmente propuesta por Franz Kahn y Niemeyer; en otros idiomas: *connecting factor*, *criterio di collegamento*; punto de conexión, etc.) que, según Leo Raape, puede ser comparado a un puente que une (como lo dice su nombre) el caso a regular con la ley aplicable. Se pueden resumir los principales puntos de conexión en los siguientes: nacionalidad, domicilio, residencia, residencia habitual, lugar en donde se

encuentra la cosa, lugar de conclusión del acto jurídico, lugar de la ejecución de la obligación, voluntad de las partes, lugar en donde haya sido cometido el acto ilícito, lugar de la sede del tribunal, etc. Es a través de estas relaciones que se llega a la elección de la ley aplicable, lo cual es de la esencia del método conflictual. Esta elección debería en principio derivarse de razones objetivas. Pero, en realidad, está ampliamente determinada por razones de política legislativa, es decir, por las exigencias particulares de cada estado y de sus ciudadanos. La adopción de la ley nacional o de la ley de domicilio para las cuestiones del estatuto personal, está también influenciada por razones de este tipo <sup>15</sup>.

Los puntos de conexión o vinculación pueden ser ligados a una cuestión de hecho (por ejemplo: lugar de situación de la cosa), o bien de derecho (nacionalidad, domicilio, lugar de celebración de un contrato entre ausentes, etc.) <sup>16</sup>. Desde otro punto de vista, se pueden distinguir según sus efectos puedan o no cambiar en el tiempo; en el primer caso serán constantes, en el segundo variables <sup>17</sup>. En fin, debe tomarse en cuenta el hecho de que la regla de conflicto puede ser de remisión única (o exclusiva) o bien de remisiones múltiples, cuando adopta más de un punto de conexión <sup>18</sup>.

La remisión única es adoptada por el legislador (o por el juez en los sistemas no escritos) cuando éste estima que una sola ley es la más indicada para ciertas categorías de hechos. Sin embargo, puede enfrentarse en la práctica a dificultades que requieren de ajustes. Estas dificultades son las siguientes:

a) puntos de conexión no unívocos: por ejemplo, la regla de conflicto declara que debe aplicarse la ley nacional de cierta persona, pero esta persona tiene más de una nacionalidad. ¿Cuál de estas leyes nacionales deberá aplicarse? Si la persona de que se trata es ciudadana del estado del foro y de otro estado, generalmente se da preferencia a la ley nacional local <sup>19</sup>.

Si la persona en cuestión tiene la nacionalidad de dos o más estados extranjeros, se puede: 1) aplicar todas estas leyes, a través de la acumulación (sistema no utilizado en la práctica ya que se utiliza la acumulación para armonizar las leyes nacionales de varias personas y no las de una sola); 2) dar preferencia a la ley nacional de la cual el interesado hace uso prácticamente; solución preferible que responde al principio de efectividad <sup>20</sup>; 3) dar preferencia a la ley nacional adquirida de la forma más similar a lo que sucede en el foro <sup>21</sup>; 4) hacer prevalecer la nacionalidad que primero se adquirió <sup>22</sup>.

b) Vinculación o remisión inexistente: debido a que la regla de conflicto tan sólo utiliza un punto de conexión que, sin embargo, falta en la situación litigiosa de que se trata. Es como una indicación vial que se dirige hacia una localidad que no existe. En tal caso se recurrirá a otro criterio de vinculación que no está previsto por la regla de conflicto pero que, en las circunstancias de la especie y de acuerdo con el espíritu del sistema de derecho internacional privado de que se trata, parece el más indicado al efecto; se pasa pues, en la práctica, al concurso sucesivo de puntos de conexión <sup>23</sup>. En el caso de que no pudiera encontrarse una vinculación que tome el lugar del punto de conexión inexistente (por ejemplo si se trata de un apátrida sobre el cual no se llega a establecer ni el domicilio ni la residencia), habrá una falla de la regla de conflicto; el juez podrá entonces rehusarse a juzgar pronunciando un "*non liquet*", o bien se ajustará a su propia ley. <sup>24</sup>

c) Remisión ineficaz, cuando la regla de conflicto prevé un punto de conexión que abstractamente subsiste pero que está desprovisto de todo valor práctico (como en el caso de la nacionalidad de un refugiado que no tiene valor real); el principio de efectividad impone no tomar en cuenta tal remisión <sup>25</sup>.

Vayamos al caso en que la regla de conflicto en sí misma prevé más de un punto de conexión. Se habla de este efecto de remisiones múltiples, que dan lugar al fenómeno del concurso de circunstancias de remisión o vinculación. Veamos los diversos casos que pueden presentarse:

a) Concurso sucesivo, cuando la regla de conflicto prevé, al lado de un punto de conexión principal, uno o varios subsidiarios a los cuales se habrá de acudir en el caso de

que el primero no pudiera producir sus efectos; estos puntos de conexión subsidiarios se sustituirán el uno al otro en el orden previsto por la regla de conflicto <sup>26</sup>. El esquema abstracto del tipo de concurso que acabamos de mencionar es el siguiente: el hecho de que se trata está regulado por la ley indicada en el punto de conexión A, si éste no existe o si es ineficaz, el B (y, eventualmente, los C.D., etc.) indicará que otra ley regulará el caso en cuestión <sup>27</sup>.

b) Concurso condicional, que es en realidad una especie de concurso sucesivo. Se produce cuando el punto de conexión principal es moderado (y no substituido) por el subsidiario con el fin de llegar a una conciliación entre uno y otro. El esquema es el siguiente: el hecho de que se trata es regulado por la ley indicada por el punto de conexión A, sin embargo, si ciertas condiciones se presentan, es regulado por la ley indicada por el punto de conexión B <sup>28</sup>. El concurso condicional es frecuentemente empleado para limitar la igualdad derivada de un primer punto de conexión mediante una segunda remisión no igualitaria que favorezca una más amplia aplicación de la *lex fori* <sup>29</sup>.

c) Concurso alternativo, que tiene lugar cuando están previstos varios puntos de conexión que pueden funcionar todos ellos respecto de un caso determinado, pero con resultados prácticos diferentes. No hay uno principal y otros subsidiarios establecidos de acuerdo con un cierto orden, sino que todos están sobre el mismo plan y en la práctica se utiliza el que produce ciertos efectos <sup>30</sup>. El esquema es el siguiente: el hecho de que se trata es regulado por la ley indicada por el punto de conexión A, o bien por los B, C., etc. <sup>31</sup>

d) Concurso acumulativo, cuando la regla de conflicto indica dos (o a veces varias) leyes a aplicarse simultáneamente <sup>32</sup>. Ello puede producirse cuando la regla de conflicto prevé un solo punto de conexión que, sin embargo, funciona en dos direcciones e indica, justamente, igual número de leyes. Por ejemplo, la regla hace caer la filiación bajo la ley nacional: si el padre y el hijo son de nacionalidades diferentes, ello puede ser interpretado en el sentido de que las dos leyes deben ser aplicadas acumulativamente. De acuerdo con tal interpretación (relativamente jurisprudencial) se termina por subdividir la regla de conflicto en dos reglas, cada una indicando la ley nacional de una de las partes <sup>33</sup>. Este procedimiento ha sido justificado diciéndose que es conforme al principio de nacionalidad, ya que respetan plenamente todas las leyes en presencia, permitiendo su aplicación simultánea. Se ha recurrido a la acumulación para la filiación y la adopción <sup>34</sup> y, algunas veces, también para el divorcio <sup>35</sup>.

Puede ser también que la regla de conflicto prevea expresamente dos puntos de conexión, cada uno remitiendo a una ley diferente, ambas leyes debiendo ser aplicadas acumulativamente. Este tipo de acumulación es poco común respecto a dos leyes extranjeras <sup>36</sup>. Es más frecuente respecto de la *lex fori* y una ley extranjera; en este caso apunta, más que a respetar íntegramente las leyes en presencia, a salvaguardar principios fundamentales del orden jurídico al cual pertenece la regla de conflicto. En otros términos, el legislador del foro, desea que sean aplicadas ciertas disposiciones de su propia ley, que considere de orden público. Admite pues el recurso al derecho extranjero tan sólo en lo que éste no esté en contradicción con su propia legislación <sup>37</sup>.

Dicho lo anterior, parece que todos los tipos de acumulación que se han examinado están caracterizados por su efecto restrictivo, es decir por las trabas que establece a la aplicación de las leyes extranjeras <sup>38</sup>. Sin embargo, no parece que ello sea socialmente deseable, como por el contrario afirman ciertos autores. En efecto, parece que el interés social sea más bien en el sentido de un amplio reconocimiento del estado de hijo (legítimo, legitimado y natural), incluyendo el estado de hijo adoptivo. Y, para el divorcio, cuando se ha reconocido que puede otorgársele también a extranjeros, no parece que, para restringirlo, se deba de llegar más allá de la excepción normal de orden público.

Sin embargo, eso no es todo. Contra la acumulación, puede añadirse que constituye un procedimiento a la vez embarazoso y complejo que acaba por deducir de varias leyes nacionales diferentes (y algunas veces contradictorias) una nueva ley relativamente

artificial, que no corresponde a la concepción del derecho como un conjunto de reglas seguidas por una sociedad. Como escribió el llorado profesor Rodolfo De Nova (fallecido en julio de 1978), la acumulación es una mera técnica que adolece de falta de "human appeal". No se puede tampoco decir que sea la expresión del principio de nacionalidad, ya que las dos leyes nacionales que se pretenden aplicar son —como lo ha observado Giorgio Balladore Pallieri— "totalmente desfiguradas" y terminan, en realidad, por no ser aplicadas ni una ni otra. Por todas esas razones, parece ser que la práctica de la acumulación no debe ser aplaudida sino, al contrario, que sea bueno evitarla tanto como sea posible <sup>39</sup>.

### 3.- INTERPRETACION: CALIFICACION: REENVIO.

Aparte de los problemas derivados de la forma de ser o estructura de la regla de conflicto, en el momento de su aplicación práctica surge toda una serie de cuestiones diversas con relación a su interpretación: calificación, reenvío, orden público, cuestión preliminar, adaptación, etc. El que se trate de cuestiones ampliamente estudiadas <sup>40</sup>, nos permite concentrarnos en algunas consideraciones aisladas sobre aquellos aspectos que tienen algún interés específico. Para nosotros será suficiente establecer que soluciones a tales cuestiones responden mejor al espíritu del método conflictual y a la naturaleza de las reglas de conflicto que lo caracteriza.

Todos los problemas en cuestión son, esencialmente, problemas de interpretación que surgen en el momento de aplicación de estas reglas <sup>41</sup>. Lo anterior es especialmente evidente en el problema de la calificación, que se refiere a la determinación del sentido y alcance de la regla de conflicto, a fin de determinar qué especies caen dentro de su esfera de acción o, lo que es lo mismo, cuáles son las especies contempladas por estas reglas <sup>42</sup>. Es bien conocida la controversia sobre si la calificación tiene por objeto una cuestión de hecho o de derecho. Este problema se confunde en realidad con el del objeto de las reglas del conflicto, al cual nos referimos anteriormente. Se recordará que sobre este tema hemos propuesto considerar como objeto de las reglas de conflicto a las especies, o sea a los hechos tal como vienen a cuenta en un caso determinado. Esta forma de concebir las reglas de conflicto, es también útil para establecer el objeto de la calificación. Porque tampoco la calificación tiene por objeto los hechos considerados en sí mismos, ni una cuestión de derecho ya definida en todos sus elementos. Ella pretende sobre todo, la verificación de los hechos deducidos en justicia a fin de establecer, a la luz de los efectos que se quieren obtener, la regla de conflicto que ha de tomarse en cuenta y, por consecuencia, el orden jurídico (local o extranjero) al cual debe acudirse para la solución de la cuestión de que se trata <sup>43</sup>.

Explicémoslo mediante algunos ejemplos: Si una persona herida en un accidente en la calle (que, en sí mismo es sólo un hecho) inicia una demanda de indemnización por los daños sufridos (efecto que pretende obtener de tales hechos), nos encontramos ante una especie que sería generalmente calificada como ateniante a la responsabilidad civil; no habrá duda en cuanto a la regla de conflicto (y la ley) aplicable. El caso será más dudoso si el hecho consiste en una ruptura de esponsales y la consecuencia que se pretende obtener es el derecho a una indemnización. En efecto, en tanto que algunos derechos califican a tal especie como ateniante a la responsabilidad civil, otros lo consideran como ateniante al derecho de familia. La forma en que finalmente se efectúe la calificación implicará la aplicación de leyes de conflicto y de leyes materiales diferentes. Aun otro ejemplo, relativo a un caso no contencioso: la edad de una persona es un hecho que según las consecuencias que se pretenda obtener (capacidad general, o especial; capacidad de obrar, etc. de tal persona), dará lugar a especies diferentes y, consecuentemente a una calificación (y a una ley aplicable) diferente.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la calificación, es bien conocido que los autores están divididos entre los que afirman que los términos empleados por las reglas de conflicto deberán entenderse en las significaciones que tiene en el derecho del foro (*lex fori*), y aquéllos según los cuales tales términos deberán entenderse en el sentido que tienen en el sistema de derecho aplicable según las reglas de conflicto (*lex causae*). En tanto que una tercera corriente de opinión va en el sentido de acudir al derecho comparado a fin de establecer las reglas de conflicto a la luz de las concepciones más extendidas en los principales sistemas jurídicos.

Estas soluciones han sido aprobadas con una gran riqueza de argumentos lógicos y prácticos. Desde nuestro punto de vista hay razones muy poderosas para aceptar la teoría de la *lex fori* que en todo caso deberá ser entendida con ciertas matizaciones.

Los argumentos generalmente aducidos en favor de esta teoría se apoyaban en la consideración de que, para respetar la soberanía estatal, los términos utilizados por el legislador en las reglas de conflicto deberán ser entendidas en el sentido que tienen en el derecho de ese estado (por ejemplo Bartin). Actualmente en cambio, se insiste sobre todo en que los términos utilizados por el legislador en cualquier tipo de leyes incluyendo las de conflicto, deben ser entendidas en el significado del sistema de derecho a que pertenecen. Es un argumento lógico muy convincente, pues el legislador naturalmente hace uso, cuando emite cualquier regla de derecho, de los conceptos aceptados en su medio jurídico en cuanto a la significación de los términos empleados.

Nosotros preferimos poner el acento en el hecho de que, la determinación del sistema de derecho internacional privado de cada estado pertenece a ese estado. Es por tanto el estado del foro el que debe establecer la forma de resolver los conflictos de leyes que se presentan ante sus tribunales. Y dado que el estado atiende esta tarea estableciendo reglas de conflicto, para saber exactamente qué soluciones adoptar, deberán entenderse tales reglas en su significado dentro del sistema jurídico del estado en cuestión. En otras palabras: cada estado, al coordinar su derecho con el de otros estados toma como punto de partida su propio orden jurídico, al cual debe uno acudir para establecer cómo se lleva a cabo la coordinación.

En todo caso es necesario precisar qué significa calificar según la *lex fori*. ¿Deberán entenderse los términos utilizados por las reglas de conflicto según su significado estrictamente técnico dentro del derecho del estado del que se trata? Si, por ejemplo, se encuentra que estas reglas establecen la ley aplicable al matrimonio, filiación o adopción, ¿deberá deducirse que las reglas de conflicto atienden únicamente a los actos que se ajustan a las condiciones exigidas por el derecho local para la existencia precisamente de un matrimonio, una filiación o una adopción? ¿O bien, tales términos deberán entenderse en forma más amplia a fin de permitir funcionar las reglas de conflicto ante especies que respondan solamente en sus líneas generales a la concepción que se tiene en el foro de matrimonio, filiación, adopción, etc.?

Somos de la opinión de que la regla de conflicto debe calificarse más allá de la significación técnica estricta de los términos empleados. En efecto, las reglas de conflicto no son especies puramente internas, calificables más fácilmente, sino especies caracterizadas por elementos extranjeros que no sería posible, en la mayoría de los casos, reconducir a una de las reglas de conflicto del foro interpretada estrictamente. Dado que el fin del legislador es regular estos casos con elementos extranjeros, es lógico deducir que entiende que los términos empleados en las reglas de conflicto sean calificados con una latitud y amplitud bastante más amplias de lo que sucede cuando los mismos términos aparecen en una regla material que contempla casos exclusivamente internos.

Parece por tanto, que la calificación de las reglas de conflicto no podrá llevarse a cabo sin tomar en cuenta el carácter especial de estas reglas. Se excluye por tanto una calificación homogénea de las reglas materiales y de las reglas de conflicto y debe optarse por una calificación autónoma de unas con relación a las otras. Se trata, de todas formas, aún

en este caso, de una calificación conforme a la *lex fori*, ya que la misma se desprende de la forma de ser del sistema jurídico local, en el cual se encuentran los conceptos básicos para establecer el significado de términos tan generales como "matrimonio", "filiación", "divorcio", "etc." 44.

La calificación conforme a la *lex fori* (aún entendida con las matizaciones que se acaban de mencionar), es la que mejor responde al principio de igualdad. En efecto, la interpretación de las reglas de conflicto a partir de un solo sistema jurídico —que sea el del foro— produce un funcionamiento uniforme y equitativo de estas reglas, en el sentido de que la regulación de los casos con elementos extranjeros se atribuye, a la *lex fori* o bien a un derecho extranjero de una forma totalmente paralela. En tanto que la calificación a partir de la *lex causae*, hace depender la interpretación de las reglas de conflicto del sistema extranjero aplicable en cada especie, produciendo así un funcionamiento no uniforme de tales reglas y, en consecuencia, una falta de igualdad entre el recurso a la *lex fori* y el derecho extranjero 45.

Pasemos al reenvío; se trata de la bien conocida pregunta de sí, y en qué medida deberán tomarse en consideración las reglas de conflicto de la ley extranjera declarada aplicable por la ley de conflicto del foro. En general, de lo que se ha dicho sobre el papel del sistema jurídico local en la elección de la ley aplicable a los casos con elementos extranjeros parece que la elección debe ser competencia exclusivamente del sistema local. No debe darse una delegación de esta función a otro sistema. Aparte de lo anterior, la exclusión del reenvío favorece el funcionamiento igualitario de la regla de conflicto del foro, que indica de forma equilibrada la *lex fori* o un derecho extranjero en casos semejantes sin que este paralelismo pueda ser alterado por la intervención del reenvío. Estas consideraciones explican el rechazo del reenvío en el Derecho Internacional Privado de Italia y el de algunos otros estados. 46

De todos modos, por otra parte, se ha afirmado que en tanto las reglas de conflicto indican un derecho extranjero, debe tomarse en cuenta lo que tal derecho quiere con respecto a su propia aplicación. Se encuentran precedentes en este sentido ya en una vieja sentencia alemana 47, así como, el área doctrinal, en el pensamiento de John Westlake a principios del siglo 48.

Sin embargo, para una aplicación más generalizada de esta tendencia, es necesario tomar en cuenta una serie de sentencias inglesas que, a partir de 1841 (asunto *Collier V. Rivaz*), han desarrollado con relación a las sucesiones y legitimación por matrimonio subsecuente el principio de reenvío total a partir de la bien conocida "foreign court theory". En efecto, los jueces ingleses han decidido que, dado que el Derecho Internacional Privado les exige la aplicación de la ley de otro estado, deben emitir su sentencia de la misma forma que sería emitida por los jueces de ese estado, tomando en cuenta las reglas de conflicto del estado de que se trata. 49 A esta elaboración jurisprudencial, que da un lugar muy amplio a las tendencias en cuestión, han seguido algunas formulaciones legislativas, siempre más restringidas. Tal es sin duda el caso del artículo 28 de la ley suiza de 1891 50. En tanto que el artículo 17, inciso primero del Código Civil Portugués de 1966 es bastante más explícito y otorga un papel muy importante 51, a lo deseado por la ley extranjera. Baste decir lo mismo con relación al proyecto brasileño de 1970 52.

La tendencia a tomar en cuenta la voluntad de la ley extranjera con relación a su propia aplicación, deriva del deseo de favorecer la uniformidad internacional de las decisiones. Si, en efecto, el juez del foro aplica únicamente las leyes que "quieren" ser aplicadas, parece que debería haber coincidencia entre la solución de la *lex fori* y de la ley extranjera. Es, por tanto, en nombre de la uniformidad que se renuncia al papel exclusivo del sistema local en la elección de la ley y el principio de igualdad entre la *lex fori* y el derecho extranjero.

Dado que este problema plantea interés para nosotros, le dedicaremos algo más de atención. Se empezará por observar que, en tanto la voluntad de la ley extranjera se toma

en consideración únicamente cuando reenvía la solución a la *lex fori* (reenvío de 1er. grado, remission, rückverweisung), sin tener en cuenta el reenvío hecho a otra ley<sup>54</sup>, se está en presencia de una actitud claramente contraria al principio de igualdad. Pues, independientemente de otras justificaciones que se puedan dar (el juez local debe aplicar su propia ley cuando otra legislación está de acuerdo; no debe rechazarse la remisión hecha por el legislador extranjero, etc.), esta actitud está determinada en el fondo por el deseo de privilegiar a la *lex fori* frente a las leyes extranjeras. En tanto que, cuando también se acepta el reenvío de la ley declarada aplicable a otra o ulterior a otras reglas extranjeras (reenvío de 2º grado, 3er. grado, etc. transmission, weiterverweisung), se constata que la desigualdad entre la *lex fori* y el derecho extranjero puede desdoblarse en desigualdad entre las leyes extranjeras. En efecto, la ley extranjera que termina por ser aplicada resulta privilegiada frente a las otras leyes extranjeras originalmente indicadas por las reglas de conflicto.

Dicho lo anterior, debe tenerse cuidado con la importante corriente contra la imposición doctrinal que, aunque no acepte en principio el reenvío, lo admite siempre y cuando se favorezca la uniformidad. Como ha escrito Hans Lewald, el reenvío erigido en principio es inadmisibles, pero puede reconocerse como "expediente" en situaciones especiales<sup>55</sup>. Este punto de vista ha sido criticado por Rodolfo De Nova, según el cual la esperanza de llegar a soluciones materiales iguales partiendo de sistemas conflictuales distintos, es en parte teórica y en parte ilusoria (wishful thinking)<sup>56</sup>.

Tratando de profundizar en las razones de acudir al reenvío para llegar a la uniformidad, se llega a que el reenvío puede favorecer esta uniformidad solamente cuando se trata del reenvío de primer grado y uno de los dos sistemas de derecho internacional privado en presencia admite el reenvío, en tanto que el otro no lo admite, o bien, tratándose siempre del reenvío de primer grado, cuando uno de los sistemas admite el reenvío de tipo continental y el otro acepta el reenvío doble a la inglesa (*foreign court theory*). Aún en el caso de reenvío de segundo grado, se llega a la uniformidad únicamente si el Derecho internacional privado del estado cuyo derecho es declarado aplicable por las reglas del foro y el Derecho internacional privado del tercer grado el cual se reenvía están de acuerdo entre sí en cuanto al derecho aplicable<sup>57</sup>. Por el contrario, en todos los demás casos el reenvío no conduce a la uniformidad. Tomando en consideración estas dificultades, se ha propuesto autorizar a los jueces, mediante fórmulas amplias, a aceptar el reenvío solamente cuando en la especie conduce a la uniformidad<sup>58</sup>.

Parece por tanto que la codificación de los casos en que el reenvío conduce a la uniformidad debe ser aceptado, exigiría distinciones sutiles difícilmente concretizables en fórmulas legislativas de cierta precisión. En tanto que la otra solución, según la cual deberá el juez decidir caso por caso si el reenvío debe aceptarse o no, también es criticable, pues este sistema deja a los litigantes en la incertidumbre de qué ley puede ser aplicada e impone al juez una carga muy pesada, pues se le pide establecer si en la especie, el reenvío favorece la uniformidad pero, para tal fin, interpretar los sistemas jurídicos extranjeros para verificar si alguno de ellos "quiere" ser aplicado y si el otro está de acuerdo con el primero; ¡todo lo cual parece muy complicado!<sup>59</sup>.

La causa de la uniformidad de la solución, no puede apoyarse de manera satisfactoria ni por el reenvío legislativamente previsto, ni por el método de decidir caso por caso. Parece por tanto preferible adoptar el procedimiento de la celebración de convenios internacionales, mediante los cuales los estados establezcan en qué casos se debe aceptar el reenvío. Para ello los Estados pueden tomar en cuenta la forma de ser de sus respectivas legislaciones —derecho material e internacional privado— y establece exactamente cuando el reenvío conduce a la uniformidad. De esta forma, es verdad, se obtendrán resultados limitados, operantes tan sólo entre los Estados partes en las convenciones. Pero, por otra parte, se llega en forma mucho más segura y eficaz al fin que se pretende obtener<sup>60</sup>.

La lógica nos lleva por tanto, con relación a la cuestión del reenvío, a la conclusión de que antes de renunciar a que el orden jurídico local realice la función principal que le corresponde, la de elegir directamente la ley aplicable a los casos con elementos extranjeros, debe verificarse si mediante ello se obtiene una verdadera uniformidad de soluciones. Ello es aún más claro, si se toma en cuenta que la búsqueda de la uniformidad puede poner en peligro, y aún reducir, el papel que juega el principio de igualdad entre la *lex fori* y el derecho extranjero.

#### **4.- CONTINUACION. ORDEN PUBLICO; CUESTION PRELIMINAR; ADAPTACION; RECIPROCIDAD.**

Conforme a la concepción más extendida, el orden público es una limitación a la aplicación del derecho indicado por las reglas de conflicto, en vista de los efectos contrarios a las concepciones jurídicas y morales fundamentales del foro, que resultarían en la especie de la aplicación de ese derecho. El acento se pone por tanto en el papel negativo del orden público, que bloquea el recurso del derecho extranjero<sup>61</sup>, sobre el hecho de que la contradicción al orden público por ese derecho debe ser apreciado a la luz de los efectos que produce en la especie<sup>62</sup> y sobre el carácter excepcional de su intervención. En efecto, el orden público es una especie de válvula de seguridad utilizada por el juez para prevenir las consecuencias contrarias que podrían derivar del "salto al vacío" (*sprung ins dunckle*; así en Raape) representado por el recurso al derecho extranjero establecido por las reglas de conflicto, del que no puede preverse anticipadamente el contenido y los efectos. El carácter variable del orden público en la especie (dadas las diferentes concepciones jurídicas y morales en vigor en los diferentes estados) y el tiempo (en vista del cambio de estas concepciones en un mismo estado) se han hecho notar varias veces; no es, por tanto, necesario insistir en ello.

El punto que nos interesa subrayar aquí es la relación estricta entre el sistema de derecho local y el orden público. Pues las concepciones jurídicas y morales que caracterizan un sistema jurídico pueden apreciarse únicamente tomando al sistema en conjunto en su desarrollo histórico y en su forma actual de ser. De ello se llega a que el sistema de derecho material local y las concepciones que lo impregnan constituyen el punto de partida para precisar si, cuándo y cómo debe ponerse en juego la salvaguardia del sistema acudiendo al orden público. El papel del derecho local en el orden público, es por tanto, más evidente que en el caso de la calificación y el reenvío<sup>63</sup>.

En otros términos, el orden público es un instrumento utilizado por el estado local para ponerse al abrigo del daño al equilibrio interno de su sistema jurídico, que podría verse comprometido o perturbado por la ingerencia de reglas extranjeras incompatibles. Función ésta de autoprotección del Estado local que se desdobra en una función de coordinación del sistema del Estado local con el de otros Estados. En efecto, los autores que consideran al Derecho internacional privado como tendiente a obtener la armonía entre los sistemas jurídicos en presencia, han hecho notar que el orden público es un modo eficaz para perseguir tal fin, eliminando las divergencias entre sistemas que podrían obstaculizar esta coordinación<sup>64</sup>. Se notará, como de todas formas esta función ulterior del orden público corresponde también al Estado local, en el cual recae la tarea de coordinar su propio sistema con el de los otros Estados.

En la mayoría de los estados, el orden público tiene el efecto de eliminar el derecho extranjero sustituyéndolo por la *lex fori*<sup>65</sup>. Esto; de cualquier forma, no necesariamente constituye una desigualdad entre la *lex fori* y el derecho extranjero. En efecto, la excepción del orden público forma parte del funcionamiento normal de todos los sistemas de derecho internacional privado. Si por tanto, su intervención se lleva a cabo dentro de los límites estrictamente necesarios para cumplir su función de protección del sistema jurídico del foro y de coordinación de este sistema con los demás, no se pondrá en compromiso el principio de igualdad. En tanto que, cuando se va más allá de tales límites, el

orden público puede convertirse en un poderoso factor de desigualdad, favoreciendo indebidamente la ley local a costa de los derechos extranjeros. Se habla, en tal caso, de un verdadero peligro que puede derivar de acudir al concepto de orden público.<sup>66</sup>

Es difícil establecer en forma abstracta cuando el orden público desborda el papel natural y necesario que acaba de mencionarse. Su carácter fluido y cambiante de un estado a otro, y en el interior del mismo estado, es una seria dificultad para determinar exactamente los límites dentro de los cuales debe operar. Pues tales límites pueden establecerse solamente con un cierto grado de aproximación y para un sistema dado. Se está de acuerdo, por ejemplo, en que el sistema inglés de Derecho internacional privado hace un uso bastante restrictivo del orden público<sup>67</sup>. En tanto que, al menos en el pasado, la jurisprudencia francesa ha sido acusada de acudir muy ampliamente a él<sup>68</sup>. Lo óptimo sería, desde luego, acudir a él en forma restrictiva y juiciosa, según la fórmula prudente adoptada por las convenciones de La Haya de la postguerra, que excluyen la aplicación del derecho extranjero indicado por la regla de conflicto solamente si su aplicación es "manifiestamente contraria" al orden público<sup>69</sup>.

La cuestión preliminar surge en tanto el juez no puede resolver el problema que le ha sido sometido (cuestión principal, por ejemplo: conforme a que la ley va a adjudicarse una sucesión *ab intestato*) sin resolver al mismo tiempo otro (cuestión preliminar; por ejemplo: conforme a que la ley debe resolverse si la persona que reclama la sucesión es realmente la viuda del *de cuius*). Algunos autores son de la opinión de que la cuestión preliminar es una cuestión autónoma, que debe resolverse conforme a la ley indicada por la regla de conflicto que, en el foro, regula tal tipo de asuntos (en el caso mencionado: si la persona de que se trata es o no viuda del *de cuius* se resolvería por la ley indicada por las reglas de conflicto que se refieren al matrimonio y su disolución. Otros autores, por el contrario, afirman que el juez del foro debe someter a la ley indicada por sus propias reglas de conflicto no solamente la cuestión principal, sino también la cuestión preliminar, salvo en los casos en que esta ley reenvíe tal cuestión a otra ley (en el ejemplo: la viuda del *de cuius* sería la persona considerada como tal por la ley que regule la sucesión, o bien por la ley indicada por las reglas de conflicto de tal derecho).

La primera teoría, que se remonta a Leo Raape, es una solución de separación, pues cada cuestión está regulada por una ley diferente. La segunda suele llamarse de solución conjunta, pues la misma ley rige las dos cuestiones; ha sido propuesta por George Melchior y por Wilhelm Wengler<sup>70</sup>. Dado que se ha considerado ampliamente esta cuestión no se volverá sobre las consideraciones y ejemplos que se podrían hacer en un sentido y en otro<sup>71</sup>. Será suficiente centrarse en el problema fundamental de la controversia, relativa a las concepciones de base de Derecho internacional privado puestas en cuestión por la forma de resolver este problema.

La solución de separación es la más simple. En efecto, ella niega que una cuestión conflictual deba ser apreciada en forma diferente por presentarse como un problema preliminar. Dado que en el foro hay una regla de conflicto para tal cuestión, nada autoriza a desconocerla por ser tan sólo un asunto preliminar a otro. Es por tanto una interpretación lógica de la regla de conflicto que niega el que la misma implique una limitación tácita de su esfera de acción, conforme a la cual se aplicaría o se referiría únicamente a la cuestión que se presenta como principal.

Los partidarios de la solución conjunta van más allá en esta interpretación en tanto que afirman que las dos cuestiones —principal y preliminar— deben ser consideradas en bloque, es decir como una sola cuestión a ser tomada en consideración en forma unitaria, desde el punto de vista de un sólo orden jurídico. Se insiste en el aspecto de que en tal forma se favorece la armonía internacional de la solución que derivaría de que el juez del foro, al someter todo el asunto a la ley indicada por sus reglas de conflicto para la cuestión principal, llegaría a una solución totalmente idéntica a la que sería emitida por los jueces del estado de la ley que regula, precisamente la cuestión principal.

Parece, desde luego, que a pesar de la importancia del principio de la armonía internacional de las soluciones, en el caso específico afecta en tal forma la armonía interna del sistema del foro que puede preguntarse si debe seguirse del todo. En efecto, la solución conjunta termina por sancionar la posibilidad de soluciones diferentes del mismo asunto en el interior del sistema del foro, de suerte tal que se terminará por resolver contrariamente según la cuestión aparezca como principal o preliminar. Para evitar tal incongruencia y las injusticias que implica<sup>72</sup> parece que debe optarse aquí por la armonía interna. Se ha visto, en efecto, que los principios de la armonía interna y de la armonía internacional son tan sólo líneas de tendencia y que no es necesario escoger una u otra, haciendo prevalecer siempre una sobre la otra. En estos casos las razones para dar preferencia a la armonía interna nos parecen extremadamente fuertes.

Sin embargo, estas consideraciones deben verificarse mediante el examen del sistema jurídico concreto dentro del cual se presente en la práctica el problema a estudiar. En efecto, no se puede estar de acuerdo con quienes consideran que se trata de una cuestión que se presenta de la misma forma en todos los casos y que no hay razón para distinguir un sistema del otro. Particularmente, no se puede aceptar el punto de vista según el cual, a pesar de la similitud entre la solución conjunta y el reenvío, se trata de dos cuestiones totalmente distintas y que puede en consecuencia aceptarse sin contradicción la solución conjunta aún dentro de los sistemas que rechazan el reenvío<sup>73</sup>.

Parece, por el contrario, que la solución que separa ambos problemas, que se recomienda desde un punto de vista abstracto, sea especialmente adecuada para sistemas con ciertas características. Tomemos, por ejemplo, el sistema italiano. Se trata de un sistema escrito el cual no se presta para una interpretación demasiado amplia de las reglas de conflicto. Dado que una de estas reglas indica la ley aplicable a ciertas cuestiones, parece difícil de interpretarla como no refiriéndose a aquellas cuestiones que se plantean como preliminares. Por otra parte, el sistema italiano, como es bien conocido no admite el reenvío. A pesar de todo lo que pudiera decirse en contra, nos parece que lo anterior constituye un elemento para dar preferencia a la solución separada. Porque, si se acepta la solución compuesta, o sea la conjunta, se admitiría, para la cuestión preliminar, la posibilidad de un reenvío de ley sobre la cual es necesario plantear esta cuestión (que es la ley que regula la cuestión principal) a otra ley. Se trata, en verdad, de un reenvío limitado o parcial, podría incluso decirse de un cuasi-reenvío pero, en todo caso, se acudiría a un procedimiento que no puede armonizarse con un sistema que no conoce el reenvío<sup>74</sup>.

En tanto que, debe reconocerse, habrá menos dificultades en admitir la solución conjunta en el caso de sistemas no codificados, en los cuales la interpretación de las reglas de conflicto es más amplia, sobre todo si se trata de sistemas que permiten el reenvío. Se tendrá así también en cuenta el hecho de si el sistema en cuestión prefiere en general las soluciones unitarias de las especies que caen bajo sus reglas de conflicto (es decir si este sistema tiende a reducir la "depeçage") porque, en tal caso, la solución conjunta de la cuestión preliminar y la cuestión principal se armonizan con la forma de ser de tal sistema.

Se dirán también algunas palabras sobre la adaptación de normas extranjeras que provienen de órdenes jurídicos distintos que, después del juego de las reglas de conflicto, regulan la misma especie. Estas normas tal vez no se armonicen entre ellas y den lugar a resultados injustos, que pueden ser corregidos por el juez<sup>75</sup>. Esto a través de alguno de los procedimientos.

a) El juez puede no aplicar ni una ni la otra de tales normas y, en consideración a su contraste insuperable, puede acudir en su lugar la *lex fori*. Como, por ejemplo, cuando dos obligaciones son regidas por dos leyes diferentes y, frente a una de tales leyes la primera obligación se extingue por compensación y continúa únicamente la segunda: en tanto que, conforme a la otra ley, no continúa sino la primera obligación y la segunda se

extingue. En un caso tal, sería imposible accionar la regla de conflicto y podrá resolverse la cuestión solamente acudiendo a la ley local;

b) El juez podrá aplicar solamente una de las leyes en presencia renunciando a aplicar la otra. Como cuando el hijo adoptivo nada recibe en el caso de sucesión ni de sus padres adoptivos (pues, conforme a la ley, tiene derecho a la sucesión de sus padres naturales), ni de sus padres naturales (porque su ley también le niega todo derecho de sucesión en consideración al hecho de que admite la sucesión de los padres adoptivos). Para evitar un resultado injusto tal, el juez podrá atribuir al infante adoptivo la parte de los bienes de la sucesión del adoptante a los cuales tendría derecho conforme a la ley del mismo si hubiera sido su hijo legítimo;

c) El juez podrá también aplicar parcialmente cada una de las leyes en contraste, mediante la acumulación, llegando así a la creación de una norma de derecho material *ad hoc*. Tomemos el caso en que el esposo sobreviviente (marido o mujer) nada reciba conforme a la ley que regula las relaciones patrimoniales entre esposos durante el matrimonio, ni conforme a la ley que, después del cambio de nacionalidad o de domicilio de los esposos y la muerte de uno de ellos, rige las relaciones de la sucesión. Esto es posible puesto que la primera ley está basada sobre el principio de la separación de los bienes (pero reconoce en compensación un derecho a la sucesión del esposo sobreviviente, toda vez que no puede obtener una ventaja en la especie, dado que la sucesión está regulada por otra ley) y la segunda ley sobre el principio de la comunidad (de suerte que puede negar lógicamente todo derecho a la sucesión pues el esposo sobreviviente recibe a título de tal una parte de los bienes pertenecientes al matrimonio, lo cual no sucede en la especie). Para evitar este resultado injusto el juez deberá tomar en consideración no solamente las disposiciones del derecho que regula la sucesión, sino también las disposiciones relativas a las relaciones patrimoniales entre esposos, ajustando unas a otras.

Puede concluirse que la adaptación constituye un procedimiento esencialmente jurisprudencial y empírico. Ello induce a algunos autores —también en consideración al hecho de que plantea un problema que surge del derecho aplicado ya establecido— a excluir que tenga algo que ver con el derecho internacional privado. Esta toma de posición parece demasiado purista, a pesar de su carácter *sui generis*, la adaptación es sobre todo un procedimiento ligado al funcionamiento a la regla de conflicto y, por lo mismo, al Derecho internacional privado. Además, se notará que se podrá acudir más fácilmente a la adaptación en el caso de estados con sistemas menos rígidos, en los cuales los jueces gozan de una más amplia libertad. En tanto que, en los estados en que el Derecho internacional privado está codificado, acudir a la adaptación será menos frecuente y por lo mismo excepcional.

Por lo que se refiere a la reciprocidad en los conflictos de leyes (que hace también sentir sus efectos en la condición de extranjeros y en el reconocimiento de sentencias extranjeras), nos limitaremos a decir que hemos propuesto una construcción que se separa de la generalmente aceptada. Los autores, en efecto, consideran la cláusula de reciprocidad como un límite o una condición a la operatividad de la regla de conflicto que tiene por efecto subordinar la eficacia a la existencia, en el derecho extranjero aplicable a la especie, de una disposición que prevea, para casos similares, la aplicación de la ley del estado de que se trata. Para nosotros, por el contrario, la regla de conflicto que incluye una cláusula de reciprocidad no es una regla condicional sino, simplemente, una regla de contenido más restringido, que prevee la aplicación de ciertos derechos extranjeros (aquellos en los cuales existe la reciprocidad), pero no de otros derechos (aquellos en que no existe la reciprocidad) <sup>76</sup>.

Podría explicarse mejor a través de un ejemplo: el artículo 5 inciso 2 del código italiano de navegación, prevé, con relación a los actos cometidos a bordo de una nave o de una aeronave extranjera en navegación en algún lugar o en el espacio sometido a la soberanía italiana, que se regularán por la ley nacional del navío o aeronave, "a condición de recipro-

cidad". Nosotros entendemos esta disposición en la forma siguiente: Los actos y los hechos cometidos a bordo de tales navíos o aeronaves, en tanto su ley nacional admita la aplicación del derecho italiano en casos análogos (o sea: solamente estos actos y hechos y no los otros) se rigen por su ley nacional. De ello se sigue, *a contrario*, que los actos y hechos cometidos a bordo de naves y aeronaves en que la ley nacional carece de tal calidad, no son tomadas en consideración por el artículo 5 inciso 2 (y, en ausencia de una regla de conflicto, se rigen por la *lex fori*)<sup>77</sup>.

### 5.- PUESTA EN FUNCIONAMIENTO: APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO; SU NATURALEZA JURIDICA, SU INTERPRETACION Y SU CONSTITUCIONALIDAD.

En tanto la significación de la regla de conflicto ha sido aclarada mediante la interpretación, la regla está lista para producir sus efectos. Se llega así a la fase de su puesta en funcionamiento que, también da lugar a una serie de problemas. Tales problemas pueden agruparse a través de las dos funciones de la regla de conflicto, o sea la aplicación del derecho extranjero, o bien la sumisión de la especie a la ley del juez elegido (*lex fori*).

La aplicación del derecho extranjero plantea la cuestión de su conocimiento por el juez, así como el de su interpretación, de la necesidad de controlar su constitucionalidad, etc. Se trata de cuestiones estrechamente relacionadas a la naturaleza jurídica de tal derecho. En efecto, si se acepta el punto de vista según el cual es a la vez "derecho" y "extranjero" es claro que su tratamiento por el juez del foro debe tenerlo en cuenta. Se llegará a soluciones distintas según se parte de concepciones que giran alrededor del principio de asimilación del derecho extranjero a los hechos, o, al contrario, de su asimilación al derecho local<sup>78</sup>.

La asimilación del derecho extranjero a los hechos lleva al juez nacional a aplicar tal derecho solamente si le es probado. Tal parece que una solución de tal tipo ha sido sugerida a los jueces de varios países por la innegable dificultad de conocer el derecho extranjero. Ello les ha inducido a buscar la forma de eliminar la tarea, transfiriéndola a las partes. Para dar una justificación a tal proceder, el derecho extranjero es asimilado a los hechos. En efecto, conforme a una regla de procedimiento siempre reconocida el juez tiene en cuenta los hechos únicamente en la medida en que le son probados y decide según lo alegado y probado por las partes. Se sigue que la asimilación del derecho extranjero a los hechos parece proporcionar una base jurídica para ese desplazamiento del juez hacia las partes, de la carga de establecer el contenido del derecho extranjero.

En Inglaterra y otros países del common law, han llevado muy lejos la asimilación del derecho extranjero a los hechos. Conforme a la jurisprudencia inglesa, en efecto, no solamente los jueces no pueden prevalecerse de sus conocimientos personales en la materia, sino que no pueden hacerlo como resultado del conocimiento que han tenido en otros litigios: el principio *stare decisis* no se aplica a los hechos; la única concesión es que los jueces ingleses se consideran autorizados a criticar y a corregir la interpretación del derecho extranjero hecha por las partes o suministrada por las partes<sup>79</sup>. Esta actitud restrictiva es superada en los Estados Unidos en donde las leyes de algunos estados imponen aplicar de oficio el derecho extranjero. Por otra parte, en la práctica de los tribunales norteamericanos se hace una diferenciación entre las leyes de estados extranjeros y las leyes de otras entidades de la unión que, conforme a la constitución y leyes especiales, gozan de un reconocimiento más amplio<sup>80</sup>.

La jurisprudencia francesa también considera el derecho extranjero como un hecho, al menos en cuanto al aspecto de su aplicación por los tribunales. Los jueces franceses, en todo caso, no llevan el principio a sus consecuencias extremas como sus colegas ingleses. Admiten la verificación por el juez nacional de los textos y sus decisiones citadas, así como la investigación directa del derecho extranjero (que puede por tanto, pero no debe necesariamente, aplicarse de oficio); esto se justifica por la consideración de que el

derecho extranjero constituye un hecho general y notorio, cuyo conocimiento está abierto a todos. Por otra parte, el carácter de hecho atribuido por la Corte Casación francesa al derecho extranjero ha llevado a negar la posibilidad de casación en el caso de violación del derecho extranjero <sup>81</sup>.

En España los tribunales han seguido una línea más cercana a la de los tribunales ingleses que a la de los franceses: el derecho extranjero ha sido considerado un hecho que las partes deben probar al juez, sin que éste pueda aplicarlo de oficio.<sup>82</sup> En la mayoría de los países latinoamericanos prevalece la misma tendencia que, a menudo, ha sido sancionada por disposiciones legislativas; donde tales disposiciones no existen la práctica está dividida <sup>83</sup>. Es por tanto necesario hacer notar que la doctrina, tanto española cuanto latinoamericana, ha criticado fuertemente la equiparación del derecho extranjero a los hechos <sup>84</sup>; el nuevo título preliminar del Código Civil español ha tenido en cuenta parcialmente este punto de vista <sup>85</sup>.

Vayamos a los países en que el derecho extranjero no es asimilado a los hechos sino que es considerado como "derecho" aplicable de oficio por el juez. Es el caso de Alemania. El punto de partida es el artículo 293 (antiguo artículo 265) del Código de Procedimientos Civiles (ZPO) del 30 de enero de 1877 conforme al cual la prueba del derecho extranjero es necesaria solamente si no es conocida por el juez el cual, en todo caso, "no está obligado a sujetarse a las pruebas suministradas por las partes y puede utilizar otras fuentes de información y ordenar lo necesario a fin de tal utilización". La jurisprudencia y la doctrina, con relación a la disposición, son acordes en el sentido de que el derecho extranjero, a pesar de ser algo distinto al nacional, es derecho aplicable de oficio; ello a pesar de no haber sido probado y aún si no ha sido invocado por las partes. El Tribunal Supremo alemán ha insistido sobre el punto de que el juez, aún en el caso en que el derecho alemán y el derecho extranjero conduzcan al mismo resultado, debe decidir cuál de ambas leyes es aplicable: la revisión de una resolución del juez de hechos (la revisión puede referirse tan sólo a cuestiones de derecho) es posible solamente en la medida de que el derecho alemán ha sido aplicado (conforme a ciertos autores, en todo caso, la revisión debe ser posible también en el caso del derecho extranjero) <sup>86</sup>.

Se tomará en cuenta (sin entrar en detalles) que el principio de aplicación de oficio del derecho extranjero también es reconocido por los tratados de Montevideo (de 1889 y 1940), en el Código Bustamante (Tratado de La Habana, 1928), en los códigos de algunos países latinoamericanos, así como en Japón, Corea, Egipto, la Unión Soviética, en las democracias populares y (con limitaciones) los países escandinavos <sup>87</sup>.

Hay por tanto un número considerable de países en que el derecho extranjero no es considerado como un hecho, sino como derecho. La cuestión surge espontáneamente: de qué clase de derecho se trata. La respuesta de la doctrina alemana es muy clara: el derecho aplicable en virtud del Derecho internacional privado no se convierte en derecho nacional, no se incorpora en el orden jurídico del foro, sino que continúa como derecho extranjero ("es wird nicht heimisches Recht, sondern bleibt fremdes ius" ha dicho Raape). También en los demás países que acabamos de mencionar el derecho extranjero no es asimilado en teoría, ni tratado en la práctica como derecho nacional.

¿Sería posible dar un paso más, y, franqueando la barrera que separa el derecho extranjero del del foro, considerar a ambos como derecho simplemente, a ser aplicados de oficio por el juez conforme a la máxima *iura novit curia*? Es lo que se ha intentado realizar en la doctrina italiana, proponiendo una identificación completa entre el derecho extranjero y el derecho nacional. Esta conclusión, en efecto, es defendida tanto por los partidarios de las doctrinas recepcionistas (incorporación material del derecho extranjero en el orden jurídico del foro), cuanto por quienes siguen las doctrinas productivistas (derecho extranjero considerado como un hecho que las reglas de conflicto —que serían reglas sobre la producción jurídica— transforman para todos los efectos en derecho nacional).

Las teorías de la incorporación material y de la producción jurídica, aunque enfocan principalmente el funcionamiento de la regla de conflicto, tienen consecuencias bien precisas sobre la forma de considerar la naturaleza del derecho extranjero y su tratamiento por los tribunales nacionales. Ellas conducen, en efecto, a afirmar el deber del juez de conocer en todo caso y sin excepción el derecho extranjero indicado por la regla de conflicto, pues el mismo no sería derecho extranjero, sino derecho nacionalizado y, como tal, igual al derecho nacional. De ello sigue la aplicación más extensa de la máxima *iura novit curia*, que funcionaría también frente al derecho extranjero convertido en nacional y del derecho nacional que lo es desde un principio<sup>88</sup>. Estos desarrollos de la doctrina no han sido aceptados, al menos en un principio, por los tribunales italianos, los cuales durante mucho tiempo continuaron considerando al derecho extranjero como un hecho, que debe ser probado por las partes. Han, es cierto, limitado esta *onus probandi* a los casos en los cuales el juez no se ha rehusado a conocer por sí mismo, de alguna otra forma, el derecho extranjero (*onus probandi* limitada o imperfecta), pero sin cambiar por ello su posición de principio frente a la forma de ser del derecho<sup>89</sup>.

En los años 1959-1966, sin embargo, una serie de resoluciones de la Corte de Casación italiana rechazaron la concepción del derecho extranjero como un hecho. Estas sentencias han sido evidentemente bien recibidas por los autores, pues parecen poner fin a la división existente entre la doctrina y la jurisprudencia.

En una primera sentencia, Zaffarano c. Di Monte (1959), la Corte afirmó que el derecho extranjero debe ser considerado como un "complejo de normas" dentro del cual el juez debe poner aquello que es "apto para resolver el litigio, en tanto que regla jurídica, aunque de otro orden". Y en Ceresto c. Gortan (1954), declaró que el juez italiano no solamente tiene el poder, sino también el deber, de conocer o de procurar el conocimiento del derecho extranjero, con la cooperación en caso necesario, de las partes. En fin, en Finaly c. Bounin y otros (1966), la Corte afirmó el deber del juez de establecer las reglas extranjeras que debe aplicar en la especie, "deber del cual no se puede considerar desligado por el hecho de que el conocimiento del derecho extranjero no forme parte de su conocimiento oficial"<sup>90</sup>. La Corte de Casación en esta serie de sentencias, que Mauro Cappalletti calificó como grandes sentencias, hicieron surgir la esperanza de un cambio durable de la jurisprudencia. Desgraciadamente no sería así, pues los tribunales de fondo y la casación misma no han continuado esta jurisprudencia en lo sucesivo. En esta jurisprudencia, en efecto, al lado de resoluciones más o menos en la línea de los desarrollos de 1959-1966, se encuentran otras que vuelven claramente a la concepción del derecho extranjero como un hecho que debe ser probado por las partes<sup>91</sup>.

Ante estas incertidumbres de la doctrina y de la jurisprudencia en Italia y además en otros lugares, es necesario reafirmar fuertemente que el derecho extranjero es derecho y no un hecho. Aquellos que ven en él un hecho quieren ir más allá de una conclusión y llegan a una desnaturalización completa de su verdadera forma de ser. Como escribió Jacques Maury: "que el derecho sea derecho aún aplicado en un país distinto al suyo, parece algo, a primera vista, evidente"<sup>92</sup>. Y dado que el juez aplica tal derecho, "carece de todo sentido decir que aplica un hecho a los hechos" (así Martin Wolff)<sup>93</sup>.

Por otra parte, parece que el derecho extranjero, aún cuando es aplicado por el juez del foro, no se convierte por ello en derecho nacional. Los sostenedores de las teorías recepcionistas y productivistas no han logrado probar lo contrario. En efecto, de la misma forma que no puede decirse que el francés, cuando se le habla en Italia se convierte en italiano, tampoco puede sostenerse que el derecho francés (o de otro país), aplicado en Italia se convierte en derecho italiano. En realidad, lo que sucede es algo totalmente distinto, se trata de la aplicación en Italia del derecho francés, cuya eficacia deriva de la que le es delegada por las reglas de conflicto italianas: las normas francesas no se convierten en derecho italiano por el hecho de ser aplicadas por el juez italiano<sup>94</sup>.

Sin insistir sobre este punto, que nos parece evidente, es claro que un derecho es y continúa siendo extranjero y no puede considerarse como formando parte del conocimiento oficial del juez al mismo título que el derecho nacional. Un punto de vista tal es teóricamente y prácticamente falso. El principio *iura novit curia* tiene un significado distinto frente al derecho nacional y al extranjero. Para el primero puede ser tomado literalmente. Para el segundo, debe entendersele como la tendencia de que el juez nacional aplique tan ampliamente como sea posible, pero no paso a paso sin excepción alguna. Su naturaleza particular justifica la investigación de la colaboración de las partes, la utilización de conocimientos particulares del juez y cualquier otro medio útil. El buen sentido se aúna a consideraciones de orden teórico para llegar a una conclusión de tal tipo <sup>95</sup>.

Puede llegarse a la situación en que el juez no logre conocer el derecho extranjero. En tales casos las soluciones generalmente adoptadas consisten en el rechazo de la demanda<sup>96</sup>, o en acudir a la *lex fori*<sup>97</sup> <sup>98</sup> Nosotros consideramos preferible la aplicación de la *lex fori*. Ello, esencialmente en consideración al papel que corresponde a la *lex fori* en los conflictos de leyes, como medio complementario al cual el orden jurídico local puede acudir en la medida en que no pueda resolverse el caso con elementos extranjeros mediante las reglas de conflicto. Además de lo anterior, se recomienda acudir a la *lex fori* por razones prácticas: conduce a soluciones uniformes de diversos casos que pueden presentarse, gracias a lo cual las partes saben por anticipado a que atenerse <sup>99</sup>. En tanto que el rechazo de la instancia puede llevar a una denegación de justicia <sup>100</sup>.

Ahora nos referiremos brevemente a la interpretación del derecho extranjero y la posibilidad de verificar su constitucionalidad; dos cuestiones estrechamente vinculadas a la materia que estamos examinando.

La interpretación de una norma extranjera, debe decirse en seguida, es tan necesaria como la interpretación de la norma nacional. En efecto, aplicar el derecho equivale a interpretarlo. Pero, mientras que para el derecho nacional, debe acudir a las reglas de interpretación de las leyes del foro, para el derecho extranjero se aplicarán las reglas del sistema al cual pertenecen. Ello responde simplemente a consideraciones de buen sentido y ha sido ampliamente aceptado<sup>101,102</sup>; debe entendersele como teniendo a la vista no solamente los textos escritos de las leyes extranjeras, sino también las reglas consuetudinarias y de interpretación jurisprudencial de unas y otras <sup>103</sup>. De ello se sigue que, en tanto una misma norma jurídica está en dos estados, el juez de uno de tales estados cuando aplica tal norma en tanto que forma parte del orden jurídico del otro, deberá interpretarla como se hace en el otro estado (aún si la interpretación que se da en su propio estado es distinta) <sup>104</sup>.

Todo lo anterior debe reconducirse a la naturaleza jurídica del derecho extranjero. Se trata de un "derecho" y por tanto debe ser "interpretado" y no tan sólo "establecido" como en el caso de los hechos. Se trata, también, de un derecho que continúa siendo extranjero aunque sea aplicado por el juez del foro, y eso explica que su interpretación se haga conforme a los principios hermenéuticos de su propio orden jurídico. En tanto que, si se aceptara considerarle como derecho nacionalizado por recepción o por creación en el foro de normas idénticas a las normas extranjeras (teorías de la producción jurídica), la interpretación debería hacerse conforme a los principios hermenéuticos locales. Lo cual, debe decirse claramente, constituiría algo manifiestamente absurdo. En efecto, el desarraigar una norma extranjera de su *humus* original para transplantarla para todos los efectos, incluyendo la interpretación, en otro orden jurídico, repugna al sentido jurídico y parece por lo mismo inadmisibile.

En cuanto a la verificación de la constitucionalidad de la ley extranjera, es necesario precisar que aquí nos referiremos solamente a una de las tres cuestiones relativas al derecho constitucional que interesa al Derecho internacional privado. Estas cuestiones son las siguientes:

a) Reglas de conflicto y constitución, o sea si tales reglas, en consideración a las vinculaciones que adoptan en algunos casos, pueden violar la constitución del estado de que emanan <sup>105</sup>;

b) Derecho extranjero y constitución local, o sea si el juez del foro, antes de aplicar una ley extranjera, debe verificar que no sea contraria a la constitución del estado local <sup>106</sup>.

c) Derecho extranjero y constitución extranjera, o sea, si el juez del foro debe verificar que la ley extranjera no sea contraria a la constitución del estado extranjero al cual pertenece.

La última cuestión toca más directamente el problema del conocimiento de la ley extranjera por el juez del foro; por este motivo es la única a la que nos referiremos. Para comprenderla correctamente, es necesario advertir que surge tan sólo en tanto se trata de una ley extranjera de un estado de constitución rígida <sup>107</sup>, que no ha sido declarada inconstitucional en su estado <sup>108</sup>. Entonces se preguntará uno: ¿si la cuestión de constitucionalidad de una ley es planteada en el foro por las partes, o bien si el juez mismo tiene dudas al respecto deberá él decidir tal cuestión antes de aplicar la ley de que se trata?

Sobre este tema hay dos puntos de vista opuestos y teorías intermedias. Por una parte se dice que la constitución extranjera debe en todo caso ser tomada en consideración. Es necesario hacer "jugar el derecho del estado extranjero considerado" ha escrito Jacques Maury, y el juez del foro debe precisar si la ley extranjera es considerada válida en su propio país "lo cual es de la competencia del orden del cual la ley forma parte" <sup>109</sup>. Henry Batiffol, por el contrario, es de la opinión de que una declaración de inconstitucionalidad de una ley extranjera por el juez del foro constituiría por su parte un control de tipo político legislativo de un estado extranjero; a lo cual no está el juez autorizado <sup>110</sup>. En cuanto a las teorías intermedias, se diferencian por la forma en que el derecho extranjero puede ser declarado inconstitucional en su propio estado <sup>111</sup>.

Los autores contrarios al control de constitucionalidad de las leyes extranjeras parecen creer que el rechazo a verificar si son o no contrarias a la constitución de su estado constituye un signo de respeto por parte del juez del foro por el orden jurídico extranjero. También las teorías intermedias que se han mencionado, pretenden fundamentalmente distinguir los procedimientos de control compatibles o incompatibles con respecto al orden extranjero. En todo caso puede responderse que, aún si el juez del foro debe hacer prueba de la mayor prudencia en la apreciación de la inconstitucionalidad de una ley extranjera <sup>112</sup>, respetará en forma más real y completa el orden extranjero si se rehusa a aplicar leyes que aún no han sido sujetas al control de constitucionalidad en su propio estado pero, sin embargo, objetivamente contrarias a la constitución de tal estado.

Aparte de esto, la base más jurídica del rechazo a aplicar las leyes extranjeras potencialmente no constitucionales deriva de consideraciones similares a aquéllas que se han hecho con relación a la interpretación del derecho extranjero. De la misma forma que una interpretación tal debe hacerse conforme a las leyes hermenéuticas del orden jurídico extranjero, del mismo modo puede decirse, en forma más general, que la ley extranjera debe ser entendida y evaluada, para todos los efectos, en vista al contexto normativo del cual forma parte. Y en tanto la constitución es indudablemente una parte esencial de ese contexto normativo, el juez del foro no puede ignorarla <sup>113</sup>.

## **6.- CONTINUACION: APLICACION DE LA LEX FORI EN VIRTUD DE LA REGLA DE CONFLICTO O EN SUSTITUCION DEL DERECHO EXTRANJERO.**

Vayamos ahora a la segunda función de la regla de conflicto, o sea a los casos en que esta regla somete la especie a la *lex fori*. Los autores, en general, no se han ocupado

mucho de la cuestión. Ello se explica por el hecho de que, cuando la regla de conflicto hace caer la especie en una ley extranjera, naturalmente se presentan a espíritus interrogantes sobre las razones por las cuales el juez nacional debe acudir a un derecho distinto al propio, en tanto que, cuando ha de aplicarse la *lex fori*, parece a primera vista que no es necesario explicar por qué el juez del foro aplica su propio derecho.

Sin embargo, si se considera la cuestión más de cerca, se percibe la existencia de algunos problemas que se examinarán brevemente. El primer problema se refiere al título de la aplicación de la *lex fori* designada como aplicable por una regla de conflicto, a la cual se ha acudido en vista de que, por una razón u otra, no resulte aplicable un derecho extranjero (en forma tal que se aplique en su lugar la *lex fori*).

En tanto la *lex fori* es directamente competente para regular la especie de que se trata, uno puede preguntarse si esta ley es simple y únicamente aplicable en virtud de las fuentes normales de producción de normas jurídicas del estado de que se trata, sin que sea necesario a tal efecto la intervención de reglas de conflicto, o bien si la misma es aplicable por las reglas de conflicto de la misma forma que las leyes extranjeras son aplicables en virtud de las mismas reglas <sup>114</sup>.

La primera respuesta es la que sigue la teoría unilateralista externa, según la cual la única función de la regla de conflicto es hacer aplicable un derecho extranjero. Así privar a la regla de conflicto de toda función con respecto a la aplicación de la *lex fori*, que resultaría aplicable por su propia fuerza aún en las especies con elementos evidentes de extrajereidad. Este punto de vista es completamente inaceptable si se toma en cuenta que el objeto de las reglas de conflicto son las especies con elementos extranjeros, a los cuales debe aplicarse sea la *lex fori* sea un derecho extranjero.

Desde otro punto de vista, que nosotros compartimos, la regla de conflicto nada tiene que ver con las especies puramente internas, naturalmente sometidas a la ley local, sino únicamente con las especies con respecto a las cuales puede existir duda en cuanto a la ley aplicable, o sea a las especies con elementos extranjeros. El legislador o el juez, en efecto, debe intervenir únicamente en estos casos, a fin de establecerse si una ley extranjera debe ser aplicada en preferencia a la *lex fori* o viceversa. El cumple esta tarea mediante las reglas de conflicto que, ellas y solamente ellas hacen aplicable tanto el derecho extranjero como la *lex fori*.

La cuestión se plantea en forma algo diferente en tanto la *lex fori* no es aplicada directamente por el juego de las reglas de conflicto, sino como consecuencia del hecho de que la ley extranjera, que debería aplicarse a la especie, no ha podido serlo por una frustración de la regla de conflicto (que no ha tomado en consideración la imposibilidad de calificar, la intervención del orden público, de la inexistencia del derecho extranjero sobre la cuestión considerada, etc.) o bien por una imposibilidad de establecer el contenido (porque —en el estado en que es necesario— las partes no han probado la ley extranjera, o porque el juez, aunque abstractamente obligado a conocerla de oficio, no ha podido en la práctica lograr tal conocimiento).

Cuando en los casos de tal tipo, el juez se repliega sobre la *lex fori* (otras formas de sobrepasar el obstáculo, como por ejemplo la reposición de instancia no nos interesan), uno se encuentra en presencia de una "substitución" del derecho extranjero por la *lex fori*. Esta substitución puede ser interpretada en forma distinta. Por ejemplo Albert Ehrenzweig, con relación a su teoría conforme a la cual la *lex fori* sería la ley base que, en última instancia, es aplicable aún a las especies con elementos extranjeros, considerando en este caso a la *lex fori* como una "norma residual" (residuary rule) <sup>115</sup>.

Parece en todo caso que el fenómeno de la substitución del derecho extranjero por la *lex fori* puede encontrar explicaciones diferentes de un sistema de Derecho internacional

privado a otro. En el derecho francés, por ejemplo, el acudir subsidiariamente a la *lex fori* se justifica por "la actitud de principio", o bien por la "vocación" de la ley francesa a regir todas las relaciones de derecho privado incluyendo los internacionales; con la consecuencia de que, cuando el derecho extranjero no puede ser aplicado, la ley francesa continuará aplicable en tanto a la *lex fori* <sup>116</sup>. La doctrina italiana, al contrario, no acepta esta presunción general de aplicabilidad de derecho del foro, al cual no se le considera en una situación de preminencia frente a los derechos extranjeros <sup>117</sup>. A falta de ello, los autores italianos han llegado por otra vía a conclusiones bastante próximas, en sus efectos prácticos, a la de los autores franceses que acaba de citarse. Su punto de vista es en efecto, que la ley extranjera aplicada en virtud de las reglas de conflicto sería un "derecho especial" de suerte que, cuando tal derecho no puede ser aplicado, debe volverse a la regla, o sea a la aplicación en el foro del derecho local <sup>118</sup>.

Nos parece, en todo caso, que la doctrina de la "especialidad" del derecho extranjero no está de acuerdo con el principio de igualdad entre la *lex fori* y el derecho extranjero. Y dado que este principio tiene una gran importancia en el Derecho internacional privado italiano y de algunos otros estados, estimamos que, al menos en estos sistemas, debe encontrarse otra explicación a la aplicabilidad de la *lex fori* en los casos de frustración de la regla de conflicto o de imposibilidad de adquirir el conocimiento del derecho extranjero.

Siguiendo otros estudios sobre este tema <sup>119</sup>, nosotros somos de la opinión que acudir subsidiariamente a la *lex fori* se justifica por el papel que juega el orden jurídico local en la solución de los conflictos de leyes. No se trata de una artimaña o de un expediente. Como se ha visto la solución de los conflictos resulta de la competencia del estado del foro que, normalmente, resuelve mediante las reglas de conflicto. Pero en tanto a esas reglas no logran que el estado del foro, en la especie, cumpla su papel utilizando el mecanismo que se había preparado para tal efecto, tendrá sin embargo a su disposición otro instrumento: las normas materiales de su propio sistema de derecho. Estas normas, en efecto aunque contemplan o pretenden la reglamentación de especies puramente internas, pueden, en la medida en que es necesario, ser empleadas también para especies con elementos extranjeros. El estado del foro puede desarrollar su tarea prescribiendo a sus jueces aplicar normas materiales de su propio orden jurídico, que regulan la cuestión de que se trata.

¿Cuál es la naturaleza de la *lex fori* directamente aplicable por el juego de la regla de conflicto, o bien en substitución de una ley extranjera aplicable en la especie? ¿La *lex fori* se convierte en algo distinto a la *lex fori* aplicable a especies puramente internas? Nosotros no lo creemos. En efecto, se trata exactamente de la misma ley y la única diferencia deriva de los dos tipos de especies que le están sometidos. Pero el contenido de las normas materiales del foro a los cuales se acude es exactamente el mismo; así su interpretación y todo lo que se refiere a su aplicación no sufre cambio alguno. Hay por tanto un paralelismo en este aspecto entre la ley extranjera, que continúa siendo lo que es aún en caso de aplicación en el foro por el funcionamiento de las reglas de conflicto y la *lex fori* que, ella misma, continúa en este caso tal como es aunque se aplique a especies con elementos extranjeros.

## 7.- LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO

Hasta ahora hemos estudiado la forma de ser de las reglas de conflicto y los problemas relativos a su interpretación y puesta en juego. Es necesario tener en cuenta que todo sistema de Derecho internacional privado comprende reglas escritas o consuetudinarias, que no se refieren a la designación de la ley aplicable (esta elección es tarea de las reglas de conflicto), pero que se refieren a la forma de funcionar de las reglas de conflicto. Por

ello se les llama "reglas de funcionamiento". Estas reglas coexisten, al lado de las reglas de conflicto, en todo sistema de Derecho internacional privado. Pueden desde luego variar de un sistema a otro.

Las reglas en cuestión tienen finalidades y efectos variables. Sin entrar en demasiados detalles <sup>120</sup>, haremos notar en forma general que estas reglas se refieren sea al funcionamiento de las reglas de conflicto individualmente consideradas, sea al funcionamiento de tales reglas una frente a otra.

Las reglas del primer tipo son las que se refieren a la interpretación de las reglas de conflicto, ellas afectan el funcionamiento de estas reglas porque su efecto es de ampliar o restringir, la esfera de acción de aquéllas. Hemos visto las reglas relativas a las cuestiones estudiadas en los párrafos 10 y 11, como la calificación, el reenvío, el orden público, etc. La forma de resolver estos problemas está tal vez prevista por reglas escritas (con menos frecuencia en los casos de la calificación y de la cuestión preliminar, con algo más de frecuencia en los casos de reenvío y de orden público). Cuando no hay reglas escritas habrá soluciones jurisprudenciales que serán, seguramente, menos precisas, pero que no pueden faltar del todo; en efecto, las cuestiones que se acaban de mencionar surgen y deben de encontrar una solución.

Se ha dicho que estas reglas de funcionamiento tienen el efecto de ampliar o de restringir la esfera de acción de las reglas de conflicto. Esto es particularmente evidente en el caso del orden público, que constituye un límite de la regla de conflicto, en el sentido de que establece un obstáculo al funcionamiento de esta regla en tanto el derecho extranjero al cual remite tendría efectos incompatibles con principios jurídicos o morales considerados esenciales en el foro. La calificación también, según tenga el efecto de interpretar de una forma más o menos amplia la regla de conflicto, hará entrar —o, al contrario excluirá— un cierto número de especies. Puede decirse lo mismo del reenvío, que tendrá según los casos efectos variables. En tanto el reenvío es rechazado, en todo caso el funcionamiento de la regla de conflicto no sufrirá limitación alguna. Cuando únicamente el reenvío de la ley extranjera a la del foro es admitida (reenvío de primer grado), la regla de conflicto no sufrirá ninguna limitación en el caso en que se produzca tal reenvío (pero lo sufrirá en los otros casos). Por último, en tanto el reenvío de segundo, tercer grado, etc. es admitido de la ley extranjera declarada aplicable a otras leyes, la regla de conflicto restringirá su esfera de acción en favor de una regla de conflicto extranjera.

Las reglas que coordinan una con otra las reglas de conflicto de un sistema dado son, por ejemplo, aquéllas relativas a la forma de funcionar de las vinculaciones. Más particularmente, en tanto las reglas de conflicto prevén más de una vinculación es como si hubiera otras tantas reglas de conflicto como de vinculaciones. En un caso así, habrá una regla de funcionamiento para indicar en qué orden actúan los distintos puntos de vinculación o remisión; como se ha visto en el párrafo 9, las vinculaciones pueden funcionar en una forma sucesiva, alternativa, acumulativa, etc. unas frente a las otras. Esto en ocasiones está establecido en la regla de conflicto misma (se trata en realidad, de una regla de funcionamiento incorporada a una regla de conflicto) o deriva de la jurisprudencia. Otro ejemplo: puede haber reglas de funcionamiento que regulen la forma de tratar las cuestiones preliminares con relación a las reglas de conflicto relativas a la cuestión principal y a la cuestión preliminar.

Se notará además que hay un tipo de reglas que no son ni de conflicto ni de funcionamiento. Se trata de reglas que coordinan el conjunto de las reglas de conflicto de un estado dado con los otros cuerpos de normas existentes en el interior de tal estado. En tanto que, por ejemplo, en un estado, ciertas especies con elementos extranjeros son regulados en una forma necesaria por normas locales de derecho material (la *lex fori* o un derecho material *ad hoc*), habrá siempre reglas para establecer cuando se aplica tal derecho material. Estas reglas (que nosotros designamos "reglas de aplicación" <sup>121</sup> no tienen nada que ver con el funcionamiento de una regla de conflicto individualmente considera-

da o con la coordinación entre sí de dos o más reglas de conflicto, sino que se refieren, como se ha dicho, a la coordinación entre el cuerpo de normas en el interior del estado. Eso justifica su estudio por separado.

También mencionaremos brevemente, pues no es tema de este trabajo, que en algunos estados hay sistemas de normas internas, de base territorial o personal (que son algo totalmente distinto a los cuerpos de normas materiales de origen estatal que acabamos de mencionar) que dan lugar a conflictos de leyes internas. Hemos hecho notar que en estos estados hay reglas que establecen la competencia sea de los sistemas internos uno frente a otro, sea de estos sistemas frente al derecho de otro Estado. Estas reglas para las cuales hemos propuesto el nombre de "reglas atributivas de competencia" tienen el efecto indirecto de coordinar los cuerpos de reglas sobre conflictos internacionales (entre la ley del estado en que se trata y las leyes de otros estados) y el cuerpo o cuerpos de reglas sobre conflictos internos <sup>122</sup>.

## NOTAS

1. Véase Franciscakis, *Droit international privé comparé*, 683., n. 113.

2. Hay autores, como Lewald, *Règles*, 10 ss., y Ziccardi, *Il valore...*, 17 ss., que continúan sosteniendo la opinión de que el objeto de las reglas de conflicto está constituido por relaciones de derecho o cuestiones jurídicas. Otros autores han retomado el punto de vista de los estatutarios, según el cual el objeto de tales reglas serían las leyes en presencia; véase Quadri, *Lezioni*, 5a. ed., 324 y 332 ss; Sperduti, *Scopo e funzioni...* (1966) y aún en Saggi, 73 ss; idem, *Théorie*, passim.

3. Véase von Bar, *Théorie*, I, 107.

4. Véase Rabel, *Conf. of Laws*, 2a. ed., I, 50 ss.

5. Véase Anzilotti, *Corso di lezioni di diritto internazionale (diritto privato)* lit. Roma 1918, 156 Ago, *Teoría del d.i.pr.* Padova 1934, 136 ss.; idem *Règles générales des conflicts de lois*, *Recueil des de l'Académie de La Haye*. 58 (1936), 243-469, p. 317 y 335; Morelli, *Elementi di d.i.pr. italiano*, 11a. ed., Nápoles 1982, 30 ss.; Wolff, *PIL*, 2a. ed., 5; Cheshire y North, *PIL* 9a. ed., 5; Dicey y Morris, *Conf. of Laws*, 9a. ed., 7.; Monaco, *L'efficacia*, 2a. ed., 55.

6. Véase Balladore Pallierei, *D.i.pr.it.*, 43 ss. donde escribe que el objeto de las reglas de conflicto es la diferencia propuesta en términos jurídicos. Véase también Ancel, *Les Conflicts...* (1977), esp. 216 ss., sobre el cual volveremos con relación al problema de la calificación.

7. Véase Maury, *Règles*, 374.

8. Ya Wachter, *Über die Collision...* (1841), 236, escribía que el problema (del Derecho internacional privado) se plantea al juez cuando tiene un asunto con "una relación de derecho originada en el extranjero o en el cual han tenido parte extranjeros o que tiene otros contactos con el extranjero".

9. El punto de vista de que la doble función de la regla de conflicto (indicación de la *lex fori* o de un derecho extranjero) subsiste solamente frente a casos con elementos extranjeros ha sido esbozada por Bosco, *Corso*, 3a. ed., 106 y elaborada por Vitta, *Il principio...* 1604 ss. idem *D.i.pr.* I, 209.

10. Véase Balladore Pallierei, *D.i.pr.*, 2a. ed. (1950), 101, donde escribe que la palabra "ley" utilizada en la regla de conflicto es un sinónimo de "derecho".

11. Así Marinoni, *La nature...* (1913), 477 ss; Anzilotti, *Corso* (1925), 52; Baldoni *La Successione...* (1932), 7 ss.; Cavaglieri, *Lezioni*, 3a. ed. (1933), 11 ss; Gemma, *Appunti...* (1936), 16; Fedozzi, *D.i.pr.*, 2a. ed. (1939), 159; Pau, *Caratteri...* (1951), 41; Capotorti, *La nazionalità...* (1953), 36 ss. también Balladore Pallierei, *D.i.pr.it.* (1974) quien critica la teoría en cuestión (47 ss), termina por aceptarla con relación al sistema italiano positivo (p. 51).

Se notará que la concepción según la cual todos los casos planteados al juez, con o sin elementos extranjeros, requieren del Derecho internacional privado para saber qué ley les sea aplicable, parece caracterizarse por una especie de imperialismo del Derecho internacional privado.

12. Véase Ago, *Teoría*, 96 ss; idem *Règles*, 294 ss; Morelli, *Elementi*, 11a. ed. 19 ss; Mónaco, *L'efficacia*, 2a. ed., 25 ss. Estos autores, al admitir una sola función de la regla de conflicto (indicación del derecho extranjero), adoptan una concepción fundamentalmente unilateralista de esta regla ("unilateralismo externo", o sea hacia el exterior).

13. Para la antítesis entre "derecho de la decisión" (*Entscheidungsrecht*) y "derecho del reenvío" (*Verweisungsrecht*), véase Neuhaus, *Grundbegriffe*, 2a. ed., 20 ss.

14. La regla de conflicto comprendería dos elementos; en tal sentido Balladore Pallieri, *D.i.pr.it.*, 75; Francescakis, *Confl. des lois*, 484 Nos. 186 ss. (presupuesto y vinculación); Lipstein, *Gen. Principles*, 195 ss. (hechos operativos y factores de vinculación: *operative facts* y *connecting factors*). Los elementos serían tres según Niederer, *Einführung*, 131: lo que se vincula, la vinculación y con lo cual se vincula (*Verweisungs begriff*, *Anknüpfungsbegriff*, *Verwiesenesrecht*); esta distinción es seguida por Vallindas, *La structure...*, 351 ss: materia a vincular, vinculación, ley vinculada. Estos tres elementos son más frecuentemente designados como presupuesto, vinculación y consecuencia jurídica (así, por ejemplo, Miaja de la Muela, *D.i.pr.*, 7a. ed., I, 261 ss) o en forma similar; véase Lewald, *Règles*, 8, ss: cuestión de derecho (en tanto que objeto de vinculación), circunstancia o punto de vinculación, designación de la ley competente; Rigaux, *D.i.pr.*, I, 266 ss: factores de vinculación, vinculación objeto de la regla de vinculación. En tanto que, según Morelli, *Elementi*, 11a. ed., 26 ss., los elementos de las reglas de conflicto serían las categorías de hechos, el carácter de extranjero de esos hechos y las circunstancias o puntos de vinculación.

15. Sobre los puntos o circunstancias de vinculación véase Ago, *Teoría*, 190 ss; idem, *Règles*, 354 ss; Balladore Pallieri, *D.i.pr.it.*, 84 ss; Morelli, *Elementi*, 10a. ed. 39 ss; Lewald, *Règles*, 21 ss; Vallindas, *Structure*, 363 ss; Goldschmidt, *D.i.pr.*, 3a. ed., 111 ss; Wengler, *Gen. Principles*, 326 ss; Wolff, *PIL*, 2a. ed. 99 ss; Miaja de la Muela, *D.i.pr.*, 7a. ed. I, 265 ss; Rigaux, *D.i.pr.* I, 267 ss; Lipstein, *Gen. Principles*, 195 ss. Monografías: Nuner, *Die Anknüpfung...* (1934); Ziccardi, *Oggetto...* (1935); Bentivoglio, *Sulla natura...* (1957); Barile, *Criteri...* (1960); Sperduti, *I criteri...* (1966). Sobre la cuestión ley nacional-ley del domicilio, véase, entre otros Batiffol, *Les chances...* (1966); De Winter, *Domicile...* (1969); Grue, *Domicil...* (1976).

16. Para una crítica de esta distinción, véase Bentivoglio, *Sulla natura...* esp. 152 ss.

17. Se trata de la cuestión que la doctrina alemana considera desde el punto de vista más restringido de los efectos de los cambios del estatuto de las personas (*Statutenwechsel*; véase Zitelmann *IPR*, I (1897), 151; Wengler, *Skizzen...* (1958), y que la doctrina francesa, posterior a Bartin, estudia desde un punto de vista más amplio bajo la denominación de "conflictos móviles"; véase Bartin, *Principes* (1959), 193; Barile, *Criteri...* (1960), 364 ss; Vallindas, *La structure...* (1960), 364 ss; Batiffol, *Conflicts mobiles* (1961); Rigaux, *Les conflits mobiles...* (1961); Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 401 ss; Wengler, *Principes*, 417 ss; Balladore Pallieri, *D.i.pr.it.*, 92 ss; Cigoj, *I es droits...* (1978). Esta cuestión debe ser diferenciada de la de los efectos de un cambio de las reglas de conflicto (derecho transitorio de las reglas de conflicto); véase Gavalda, *Les conflicts dans le temps* (1955); Grodecki, *Conflicts...* (1959); idem, *Intertemporal...* (1976); Graulich, *Confl. de lois dans le temps* (1968); Giardina, *Successione...* (1970).

18. Se trata, como ha escrito Wengler, *Gen. Principles*, 339 ss., de una vinculación con doble vía: *two (or more) ways allocating factor*

19. Según Barile, *Considerazioni...*, esp. 409 y 418, en tal caso debe elegirse la ley, nacional o extranjera, que asegure la uniformidad internacional de soluciones, dando preferencia a la ley nacional en cuanto tal, solamente si se refiere a intereses fundamentalmente de la sociedad local (leyes de aplicación necesaria).

20. En este sentido la jurisprudencia francesa (véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 93 ss); el artículo 31 del Código Civil griego de 1940; el artículo 2, línea 2, de la ley polaca de 1965; el párrafo 5 c) de la ley de 5 de diciembre de 1975 de la República Democrática Alemana, etc.

21. La elección de esta ley se justifica diciendo que, desde el punto de vista del foro, establece la vinculación más estricta entre la persona de que se trata y un orden jurídico extranjero; véase Anzilotti, *Corso* (1918), 134 ss; Morelli, *Elementi*, 10a. ed., 51 ss. La jurisprudencia italiana (véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 269 nota 26), es en este sentido. Sin embargo, Barile, *Considerazioni...*, 416 ss., ha sostenido últimamente que, en la elección entre dos nacionalidades extranjeras, debe dársele preferencia a los que mejor asegure la uniformidad internacional de soluciones.

22. En tal sentido la ley checoslovaca de 1965 (art. 33, inciso 2); véase también el título preliminar del Código Civil español de 1974 (art. 9).

23. Por ejemplo, como no puede aplicarse a un apátrida la ley nacional, única prevista en la regla de conflicto, se ha acudido a la ley del domicilio o de la residencia; así la jurisprudencia italiana durante la vigencia de las (viejas) disposiciones preliminares del Código Civil de 1865, que no prevían punto de conexión sustituto de la nacionalidad en el caso de apátridas; véase Cansacchi *Scelta...*, 187 ss; idem, *Le choix...*, 106 ss, y los otros autores que cita. Otro ejemplo: si la regla de conflicto remite a la ley del lugar donde se ha llevado a cabo algún hecho, y en la especie se trata de un territorio *nullius* (alta mar o un territorio polar), el juez puede acudir a la ley del pabellón del navío o de la bandera de la expedición; véase Melchior, *Grundlagen...*, 497 ss; Cansacchi, *Le choix...*, 109; Wengler, *Principles*, 332.

24. El recurrir a la *lex fori* (en tal sentido la jurisprudencia francesa; véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 436 ss) es preferible porque la negativa a juzgar podría constituir una denegación de justicia.

25. La nacionalidad del refugiado no da lugar a la vinculación que generalmente subsiste entre el estado y su nacional, pues el refugiado no puede hacerla valer. Sería por tanto injusto tomarla en consideración y debe asimilarse esta nacionalidad ineficaz a la inexistente, y recurrir a la ley del domicilio o de la residencia; véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., II, 12.

26. Sobre las vinculaciones sucesivas, véase Cansacchi, *Scelta...*, 179 ss; idem, *Choix...*, 106 ss; Vallindas, *La structure...*, 367; Barile, *Criteri...*, 359; Rigaux, *D.i.pr.*, I, 243 ss.

27. Por ejemplo, muchas legislaciones prevén, para los apátridas, la ley del domicilio o de la residencia en lugar de la ley nacional inexistente; véase el artículo 29 de la ley de introducción del Código Civil alemán de 1896 (según revisión de 1936); artículo 30, del Código Civil griego de 1940; artículo 29, disposiciones preliminares, Código Civil de 1942; artículo 33, línea 3, ley checoslovaca de 1963; artículo 3, ley polaca de 1965; artículo 10, título preliminar, Código Civil español, 1974; artículo 25 a), ley de 1975 de la República Democrática Alemana; en el mismo sentido la jurisprudencia francesa (véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed. II, 11 ss.) y el artículo 12 de la Convención de Nueva York del 28 de septiembre de 1954 sobre la situación de los apátridas. Otro ejemplo: muchas legislaciones prevén vinculaciones sucesivas como la ley nacional común, la ley del domicilio común, de la residencia habitual común, la ley del lugar de celebración del contrato, la ley de la prestación característica, etc., para los casos en que las partes no han expresado su voluntad sobre la ley aplicable al contrato; véase artículo 25, disposiciones preliminares, del Código Civil italiano de 1942; artículos 9 y 10 de la ley checoslovaca de 1963; artículos 25, 26 y 27 de la ley polaca de 1965; artículos 41 y 42 del Código Civil portugués de 1966; artículo 10, inciso 5, título preliminar, Código Civil español (reforma de 1974); artículo 12 de la ley de 1975 de la República Democrática Alemana, etc.

28. Véase Wengler, *Gen. Principles*, 341, quien también habla de vinculación condicio-

nal (conditional allocation); la misma expresión es utilizada por Rigaux, *D.i.pr.* I, 224, y por Ferrer Correia, *Les problèmes...*, 152.

29. Véanse los ejemplos en Vitta, *Cours général...*, notas 73 y 74.

30. Sobre las remisiones alternativas, véase Cansacchi, *Scelta...*, 169 ss; idem, *Choix...*, 102 ss; Barile *Criteri...*, 359; Rigaux, *D.i.pr.* I, 243. Por su parte Lewald, *Régles*, 26 ss. y Vallindas, *La Structure...*, 367 ss. se ocupan principalmente del concurso sucesivo, dejando en la penumbra el concurso alternativo.

31. Se acude al concurso alternativo, principalmente con respecto a la forma de los actos, los que se consideran válidos si se celebraron conforme a cualquiera de las leyes tomadas en consideración por la regla de conflicto (ley del lugar donde el acto se llevó a cabo; ley nacional común; del domicilio común; ley que regula los aspectos sustanciales del acto, etc.); véase artículo 11, ley de introducción, Código Civil alemán de 1896; artículo 24, ley federal suiza de 1891; artículo 11, Código Civil griego de 1940; artículo 26, disposiciones preliminares, Código Civil italiano de 1942; artículo 4, ley checoeslovaca de 1963; artículo 12, ley polaca de 1965; artículo 36, Código Civil portugués de 1966; artículo 11, título preliminar, Código Civil español (reforma de 1974); párrafo 16, ley de 1975 de la República Democrática Alemana. Véanse también las Convenciones de Ginebra del 7 de junio de 1930 y 19 de marzo de 1931 sobre conflictos de leyes en materia de títulos de crédito (artículos 1 y 2 de cada convención) y la Convención de La Haya del 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (aquí en el artículo 1, prevé cinco remisiones alternativas —lugar en el que el testador ha dispuesto, ley de su nacionalidad o de su domicilio, etc.—, válidas para regir la forma de los testamentos).

32. Sobre las remisiones acumulativas, véase Lewald, *Régles*, 31 ss; Cansacchi, *Scelta...*, 153 ss; idem *Le choix...*, 95 ss; Vallindas, *La structure...*, 368 ss; Barile, *Criteri*, 359 ss; Rigaux, *D.i.pr.*, I, 245.

33. Fue Anzilotti quien, en una nota de 1907 sobre reconocimiento de hijos naturales, propuso que, en un caso de este tipo, el juez tome en consideración íntegramente las dos leyes, emitiendo su sentencia en forma satisfactoria para una y otra: él llamaba a eso "ajuste" (contemperamento) de las leyes en presencia; véase Anzilotti, *Legge regolatrice...*, 119. En contraste, los partidarios actuales de la acumulación no insisten en el ajuste de las leyes consideradas separadamente, y prefieren destacar el hecho de que la aplicación acumulativa conduce, en la práctica, a la creación de una nueva ley; véase Matintoppi, *La legge regolatrice...*, 388, en nota.

34. La jurisprudencia italiana, siguiendo a Anzilotti, ha aceptado la acumulación para la filiación y la adopción; en el primer caso el estado del hijo (legítimo, legitimado y natural) se establece acudiendo a las leyes del padre o madre y del niño; en el segundo caso, a las leyes del adoptante y el adoptado. Debe hacerse notar que se acude a la acumulación únicamente para establecer el nacimiento de la relación de filiación o adopción; pero, una vez establecido que hay filiación o adopción, se acude, para la disciplina de estas relaciones a la ley indicada por las líneas del artículo 20, disposiciones preliminares del Código Civil (ley del padre o, tal vez, de la madre, ley del adoptante).

35. Desde que el divorcio se introdujo en Italia por la ley del 10 de diciembre de 1970, parte de los autores y algunas sentencias se han inclinado a favor de la acumulación, en el sentido de que el juez italiano podría otorgar el divorcio a extranjeros de nacionalidad diferente solamente si es aceptado por las dos leyes nacionales; se trata, de todas formas, de una opinión minoritaria; véanse las citas de Vitta, *D.i.pr.*, 293 ss. En forma parecida, en Bélgica, los tribunales han establecido (después de la ley del 27 de julio de 1960 sobre ley aplicable al divorcio) que debe acudirse a la acumulación de las leyes nacionales en el caso de personas de nacionalidad distinta; véase Corte de Casación (de Bélgica), 16 de febrero de 1955, caso Rossi (*Rev. crit.* 1955, 143 ss.)

36. Puede mencionarse el artículo 28, inciso 2 de la ley polaca del 2 de agosto de 1926 (aunque ya no esté en vigor), como ejemplo de acumulación de dos leyes extranjeras. Según tal disposición, la capacidad de los herederos debe existir sea conforme a la ley de sucesión (ley nacional del difunto), y conforme a la propia ley nacional del heredero.

37. Por ejemplo, el artículo 17 inciso 4 de la ley de introducción del Código civil alemán, admite el divorcio conforme a una ley extranjera solamente si también es admisible conforme a la ley alemana; véase Kegel, *IPR* 4a. edición, 380 ss. Otro ejemplo: la capacidad para contraer matrimonio es regulada en Italia por la ley nacional (artículo 17, disposiciones preliminares, Código civil); sin embargo, el extranjero que se casa en Italia (art. 116 del Código civil) debe satisfacer ciertas condiciones de capacidad establecidas por la ley italiana; véase Vitta, *D.i.pr.*, II, 191 ss.

38. Kisch, *La loi*, 381 ss. y Rigaux, *D.i.pr.*, I, 125, insisten en que, el efecto restrictivo que se menciona en el texto subsistiría no tan sólo en el caso de acumulación, sino también en el de remisión alternativa: en la acumulación se restringe la posibilidad de declarar la validez de un acto o situación jurídicos; en la remisión alternativa, por el contrario, se restringe la posibilidad de declarar la invalidez. Y dado que en cada acción deducida en justicia una de las partes tiene interés en la validez del acto o situación y la otra en la invalidez, según el punto de vista que se tome, siempre habría una parte interesada en el efecto restrictivo de la validez. A este punto de vista puede responderse que es muy posible que las dos partes tengan interés en la validez o invalidez del acto (por ejemplo en el divorcio). Y que, en todo caso, el efecto restrictivo debe apreciarse desde el punto de vista del orden jurídico (y no desde el de una u otra de las partes), el cual decidirá, según consideraciones generales, si es el caso de favorecer el efecto restrictivo de la validez del acto o situación mediante la remisión alternativa, o bien de restringir tal posibilidad mediante la acumulación.

39. Para una crítica a la acumulación, véase Vallindas, *La structure...*, 369 ss.; Cansacchi, *Scelta...*, 153 ss.; idem, *Le choix...*, 95 ss.; Barile, *Criteri...*, 360 ss.; Balladore Pallieri, *D.i.pr.it.*, 91; Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., II, 13 ss.

40. Estos problemas han dado lugar a multitud de construcciones doctrinales. A partir de Franciscakis, *Droit international privé comparé*, 683, Nos. 114 y 115, que ha significado una adquisición para la doctrina europea, ha obtenido derecho de ciudadanía en la doctrina y jurisprudencia de todos los países.

41. En efecto, estos problemas se han descubierto en casos planteados ante los tribunales. Tal ha sido para la calificación (caso *Bartholo*, Tribunal de Argel, 24 de diciembre de 1889), el reenvío (caso *Forgo*, Corte de Casación francesa, 5 de mayo de 1875, 24 de junio de 1876 y 22 de febrero de 1882); el fraude a la ley (caso *Beaufremont*, Corte de Casación francesa, 18 de marzo de 1878 y 25 de marzo de 1889); la cuestión preliminar (caso *Pannoucannamalle*, Corte de Casación francesa, 21 de abril de 1931), etc.

42. Después de los estudios de Kahn (1891) y Bartin (1897), los trabajos monográficos más importantes son los de Lorenzen (1920), Rabel (1931), Beckett (1934), Flaconbridge (1937), Niederer (1940), Robertson (1940), Wengler (1954), Ziccardi (1955), Rigaux (1956), Magalhaes Collaco (1964), Sperduti (1965), Ferrer Correia (1968) y Ancel (1977).

43. Sobre el objeto de la calificación, ver sobre todo las obras de Cansacchi, Rigaux, Sperduti, Wengler y Ziccardi. En una obra reciente, Bertrand Ancel, *Les conflicts de qualification* (1977), esp. 216 ss. propone un nuevo enfoque, según el cual la calificación se referiría no solamente sobre los hechos, sino también sobre las relaciones en que se inscriben tales hechos; la relación (que Ancel llama "proyecto" por las razones que explica) reuniría el objeto de la alegación y la pretensión. Sin descender a todos los desarrollos propuestos por este autor, puede retenerse la idea de que la calificación se versa sobre los hechos concretizados en una demanda. También los ejemplos que siguen en el texto son en parte tomados de la obra de Ancel.

44. Cf. Ferrer Correia, *Les problèmes...*, 153; "si el derecho internacional privado, tiene

su propia justicia, sus fines específicos, es por lo mismo evidente que sus conceptos marco deben ser interpretados de forma autónoma”.

45. Se percibirá que, la calificación según la *lex fori*, aunque funciona igualitariamente en un nivel abstracto, en la práctica puede ser utilizada para eliminar de hecho la aplicación de leyes extranjeras en favor de la *lex fori*. Por ejemplo, es notorio que el procedimiento se rige por la *lex fori*. Por ello los tribunales ingleses han considerado una serie de cuestiones —que en verdad son sustanciales, como la compensación legal y la prescripción— precisamente como de procedimiento y, por ende, regulados por la *lex fori*. Véase Cheshire y North, *PIL*, 9a. ed., 687 ss (prescripción) y 699 (compensación legal); Dicey y Morris, *Confl. of laws*, 9a. ed., 1103 ss y 1114 ss; Graveson, *PIL*, 7a. ed., 595 ss. y 610.

46. Sobre las razones históricas y lógicas para no aceptar el reenvío en el derecho internacional privado italiano, véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 342 ss. También rechazan el reenvío la ley de introducción del Código civil griego de 1940 (art. 32); la ley de introducción del Código civil brasileño de 1942 (art. 16); el Código civil egipcio de 1968 (art. 27), etc.

47. En la sentencia del 21 de marzo de 1861, el Oberappellationsgericht (tribunal supremo) de las ciudades libres de la Confederación alemana, con sede en Lübeck, aplicó la ley extranjera indicada por la regla de conflicto, porque esta ley “quería” (wollte) ser aplicada; sobre esta sentencia véase Lewald, *Théorie*, 535 ss; Keigel, *IPR*, 4a. ed., 164; De Nova, *Introduction*, 491 ss.

48. A partir de la quinta edición de su *Treatise* (p. 42), y en las ediciones siguientes (hasta la séptima y última de Bentwich, de 1925), Westlake ha sostenido que la remisión a la ley extranjera de la regla de conflicto, debe entenderse “referida a la ley completa, incluyendo necesariamente los límites que pone a su propia aplicación”.

49. Sobre el reenvío en el derecho inglés, véase Bate, *Notes...*, (1914); Mendelssohn-Bartholdi, *Renvoi...*, (1937); Graveson, *Le renvoi...*, (1968); Lewald, *Théorie*, 550 ss.; Wolff, *PIL*, 2a. ed., 186 ss.; Rabel, *Confl. of Laws*, 2a. ed., I, 80 ss.; Dicey y Morris, *Confl. of Laws*, 9a. ed., 55 ss. y 65 ss.; Cheshire y North, *PIL*, 9a. ed., 62 ss.; Grassetti, *La dottrina* (1934); De Nova, *Considerazioni...*, (1938), idem *Scritti*, 61-106; idem, *Introduction*, 469 ss.; Sperduti, *Théorie*, 214 ss.

50. Conforme al artículo 28 de la ley del 25 de junio de 1891 sobre las relaciones civiles entre los ciudadanos establecidos o de viaje en el extranjero, el estado de los suizos en el extranjero se rige por la ley de domicilio en el extranjero. Este artículo sin embargo agrega: “Si, conforme a la legislación extranjera estos suizos no se rigen por el derecho extranjero (si, por tanto, la ley extranjera no quiere ser aplicada) se les aplica el derecho de su cantón de origen...”. Parece que más que un reenvío de la ley de domicilio a la nacional (ley del cantón), hay una remisión subsidiaria a otra ley; véase De Nova, *Introduction*, 526 ss.; Sperduti, *Théorie*, 228 ss.; van Hecke, *Principles*, 434 ss. El artículo 28 antes mencionado fue abrogado y substituido por las leyes del 1º de abril de 1973 sobre adopción y del 25 de junio de 1976 sobre filiación; véase Bucher, *Conséquences...* (1977).

51. El Código civil portugués del 25 de noviembre de 1966 (en vigor a partir del 1º de junio de 1967), aunque rechaza del todo el reenvío como principio (art. 16), lo admite en tanto se trate de un reenvío de la ley declarada competente por la regla de conflicto del foro a otra ley que “se considere competente para regular el caso” (art. 17, inciso e). Se prevén restricciones a esta regla en los incisos 2 y 3 del mismo artículo y en los artículos 18 y 19. Véase Ferrer Correia, *La question du renvoi...* (1967) reproducido en *Estudios*, III, 205-240; idem, *Les problèmes...*, 173 ss.

52. El proyecto brasileño de código de derecho internacional privado del profesor Haroldo Valladao (1970; el pre-proyecto era de 1964), prevé (art. 78) que el juez brasileño tome en cuenta las disposiciones del derecho extranjero declarado competente relativas a su propia aplicación; incluyendo la remisión de ese derecho al derecho brasileño, o bien a otro derecho que acepte la referencia.

53. Sobre el reenvío visto en función de la coordinación de las reglas de conflicto locales y extranjeras, véase Francescakis, *La théorie...*, (1958); idem, *Renvoi* (1969) Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 367.

54. El reenvío de primer grado ha sido sancionado por la jurisprudencia francesa a partir del caso *Forgo* (véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 380 ss., esp. 364 ss.; Francescakis, *La théorie...*, 227 ss.) y por la ley de introducción del Código civil alemán de 1896 (véase Raape y Sturm, *IPR*, 6a. ed., 163 ss.; Keigel, *IPR*, 4a. ed., 163 ss. esp. 167 ss.). Esta forma de reenvío también es admitida por la ley israelita de 1965 sobre sucesiones; por el artículo 12 No. 2 de las disposiciones preliminares del Código civil español de 1974 y por el párrafo 3 de la ley sobre la aplicación del derecho de la República Democrática Alemana de 1975.

55. Véase Lewald, *Théorie*, 573 ss.; idem, *Règles*, 49 ss. Véase también Pagenstecher, *Der Grundsatz...*, (1951); Maury, *Règles*, 548 ss.; Wolff, *PIL*, 2a. ed., 202 ss.; Yassen, *Principles*, 435; van Hecke, *Principles*, 437 ss.

56. Véase De Nova, *Introduction*, 513 ss. Según De Nova no puede partirse hacia direcciones distintas esperando llegar, con el mismo correctivo, a los mismos resultados; no se puede, escribe, hacer que se encuentren dos líneas paralelas haciendo curvas a ambas en la misma dirección y grado!

57. Véanse sobre todo las obras de Lewald y Wolff ya citadas.

58. En este sentido, por ejemplo, Yessen, *Principles*, 435.

59. Cf. Lewald, *Règles*, 60; De Nova, *Introduction*, 516.

60. En este sentido también De Nova, *Introduction*, 520.

61. Al lado de la función negativa de impedir la aplicación de una ley extranjera, el orden público cumple también una función positiva (imponer la aplicación de la ley local excluyendo cualquier otra). Sobre esto último véase Vitta, *Cours général...*, pfo. 22.

62. En otros términos, la contradicción del orden público por la ley extranjera, no debe ser apreciada en términos abstractos, sino en consideración a los efectos prácticos que produce en el caso de que se trate. Ello corresponde a la finalidad del orden público, que busca salvaguardar el sistema jurídico local en tanto se vea amenazado en el caso concreto, no en tanto exista una amenaza teórica potencial; véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 406 ss.

63. El orden público deriva por tanto de exigencias y concepciones que caracterizan el medio social del Estado de que se trata. Según Mengozzi (*L'efficacia...*, 283 ss. esp. 293 ss.), las concepciones jurídicas y sociales, desarrolladas en el seno de la sociedad internacional y que han adquirido valor jurídico, darían lugar, en cada estado, a otro tipo de orden público, que él llama "internacional" (en un sentido distinto al generalmente aceptado). Para nosotros el orden público de un estado constituye un todo único; lo cual no excluye el que puedan contribuir a la formación del orden público de un estado, elementos de origen internacional, en la medida de que sean aceptados por tal estado.

64. Véase sobre todo Lagarde, *Recherches...*, esp. 235 ss.

65. Es bien sabido que existe una diferencia entre sistemas latinos y germánicos en este tema: en tanto el derecho extranjero no puede ser aplicado por ser contrario al orden público, los primeros recurren a la *lex fori*, en tanto los segundos aplican el derecho extranjero modificándolo a fin de eliminar la contravención del orden público local; tan sólo acuden a la *lex fori* cuando tal ajuste no es posible; véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 409 ss.

66. Según el *dictum* del juez inglés Scrutton, "public policy is a dangerous horse to ride"; citado en Rabels Z, 4 (1930), 823. Manuel Medina utiliza una expresión igualmente pintoresca, *Rev. esp. der. int.*, 30 (1977), 485 (en un comentario); según la cual, en tanto se acuda al orden público tan sólo para aplicar la *lex fori*, tendrá uno que vérselas con un "orden público troglodita".

67. Véase Cheshire y Nort, *PIL*, 9a. ed., 148 ss.; Dicey y Morris, *Confli. of laws*, 9a. ed., 70 ss.; Graveson, *PIL*, 7a. ed., 163 ss.; Wolff, *PIL*, 2a. ed., 176 ss.; Kahn-Freund, *Gen. Problems*, 426 ss.

68. Véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 452. Estos autores notan un cierto giro en la jurisprudencia, después de la última gran guerra, que es actualmente más abierta a la aceptación de soluciones extranjeras.

69. Véase Hoogstraten, *La codification...*, 416 según quien la fórmula utilizada en las convenciones de La Haya, obligan al juez a motivar por qué razones hay, en la especie, una contravención "manifiesta" del orden público.

70. Véase Melchoir, *Grundlagen* (1932), 246 ss.; Wengler, *Die Vorfrage...*, Raape y Sturm, *IPR*, 6a. ed. I, 286 ss. Hay estudios monográficos de Migliazza (1950), Francescakis (1958), Lagarde (1960), Azevedo Moreira (1964), Voskuil (1965), Ferrer Correia (1970), Picone (1971), Gofflieb (1977).

71. Véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 456 ss.

72. Sobre este tema el ejemplo más claro ha sido puesto por Raape, *Les rapports...*, 493 quien hace notar como, en la solución conjunta, las personas consideradas como esposa e hijos de cierta persona conforme a la ley que les era aplicable durante la vida de tal persona, pueden no ser consideradas como tales conforme a la ley que rige a la sucesión después de la muerte de tal persona. En efecto, la cuestión sobre la calidad para heredar se presenta como preliminar a la de la sucesión y, si se adopta la solución conjunta, la cuestión cae bajo la misma ley que rige la sucesión (o la ley a la cual reenvía la ley de la sucesión). Si esta última ley no reconoce la calidad de esposa o de hijos, quedarán excluidos de la sucesión de la persona que siempre había sido considerada como su marido y padre respectivamente. Esta duplicidad del estatuto *inter vivos* y *mortis causa* entraña consecuencias sumamente perjudiciales.

73. Cf. De Nova, *Introduction*, 564, donde hace notar que la "afinidad" entre reenvío y cuestión preliminar no lleva a la necesidad de ligar ambas cuestiones una con otra.

74. Para más detalles, véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 472 ss.

75. Véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 478.

76. Véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 455 ss.; idem, *La clause...* (1973), 858 ss. Nos ha dado gusto constatar que Paul Lagarde, *La réciprocité...* (1977), 154, acepta nuestro punto de vista según se explica en el texto, para la reciprocidad en los conflictos de leyes en sentido estricto.

77. Para más ejemplos véase Lagarde, *La réciprocité...*, 155 ss., donde introduce distinciones muy útiles en cuanto a las razones por las que son utilizadas las cláusulas de reciprocidad: indecisión entre dos reglas de conflicto, evitar una ley extranjera sin acudir al orden público, etc.

78. Sobre la aplicación del derecho extranjero en derecho comparado, véase Giuliano, *Le traitement...*, (1962); David (Cyrille), *La loi étrangère* (1964); Muller y Dierk (ed), *Die Anwendung...* (1968); Zajtay, *The application...* (1972). Para el aspecto sociológico del problema, véase Papachristos, *La réception...*, (1975).

79. El principio de que la ley extranjera debe considerarse un hecho sujeto a ser probado al tribunal está enraizado desde hace tiempo en el derecho inglés; se remonta a la decisión de Lord Mansfield en el caso *Mostyn v. Fabrigas* (1775), 1, Cowp. 161, 98 E.R. 1021. Sobre la prueba del derecho extranjero en el derecho inglés, véase Dicey y Morris, *Conf. of Laws*, 9a. ed., 1124 ss.; Cheshire y North, *PIL*, 9a. ed., 128 ss.; Graveson, *PIL*, 7a. ed., 16; Wolff, *PIL*, 2a. ed., 219. Para Escocia, véase Anton *PIL*, 565 ss.; para Canadá, véase Castel, *Conf. of Laws*, 3a. ed., 121 ss.; para Australia, véase Nigh, *Conf. of Laws*, 2a. ed., 299 ss.; para Africa del Sur, véase Spiro, *Conf. of Laws*, 38 ss.

80. Véase von Mehrent y Trautmann, *The Law of Multistate Problem* (1965), 90 ss.; Leflar, *Am. Conf. Law* (1959), 310 ss.; Goodrich y Scoles, *Handbook*, 4 (1964), 146 ss.; Ehrenzweig, *Treatise*, 359 ss.; idem, *PIL*, I, (1972), 178 ss. Véase también De Nova, *La prova...* (1962). Para Filipinas, véase Paras, *Phil. Conf. of Laws* 2a. ed., 41 ss.

81. Véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 409 ss.; Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *D.i.pr.*, 9a. ed., 392 ss.; Mayer, *D.i.pr.*, 148 ss.; Zajtay, *Contribution...* (1958);

Ponsard, *Loi étrangère* (1969). Para el derecho belga, véase Rigaux, *D.i.pr.*, 1, 311 ss., idem, *La nature...* (1966).

82. Véase Adolfo Miaja de la Muela *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 264 ss.; Aguilar Navarro, *D.i.pr.*, I, II (parte segunda: 1975), 274 ss.; Herrero y Rubio, *D.i.pr.*, 2a. ed., I, 560 ss.; idem, *Problemática...* (1977); Carrillo Salcedo, *D.i.pr.*, 2a. ed., 289 ss.; Pecourt, *Naturaleza...* (1963); Angulo Rodríguez, *Lecciones* (1974), 55 ss.; idem, *El derecho...* (1970).

83. Véase por ejemplo, el artículo 13 del Código Civil argentino de 1869 "La aplicación de las leyes extranjeras... nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes". Existen disposiciones similares en Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay y El Salvador. En cambio, en Bolivia, Chile y Uruguay, donde no hay disposiciones escritas sobre la materia, la práctica está dividida; véase Zajtay, *The Application...*; 12.

84. Véase a los autores españoles citados en la nota 82. Entre los latinoamericanos, véase Goldschmidt, *D.i.pr.*, 3a. ed., 466 ss.; Valladao, *D.i.pr.*, I, 4a. ed., 450 ss.

85. El artículo 12, Nº 6, del nuevo título preliminar del Código civil español (aprobado por decreto del 31 de mayo de 1974), después de establecer que la persona que invoque el derecho extranjero debe probar su contenido y positividad, agrega:

"Sin embargo, para su aplicación (del derecho extranjero), el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas."

86. Para el tratamiento del derecho extranjero en el derecho alemán, véase sobre todo Raape y Sturm, *IPR*, 6a. ed., I, 302 ss. Véase también Neuhaus, *Grundbegriffe*, 2a. ed., 322.; Kegel, *IPR*, 4a. ed., 50 ss. y 225 ss.; Dolle, *IPR*, 2a. ed., 7 ss.; idem, *De l'application...* (1955); Makarov, *Grundriss*, 31 ss. Para el derecho austriaco, véase Schwind, *Handbuch*, 69 ss. Es interesante hacer notar que en la literatura alemana hay terminología distinta para referirse a la prueba de hechos (Beweis) y la "verificación" del derecho extranjero (Nachweis) respectivamente.

87. Véase Zajtay, *The application...*, 10 ss. y los autores que cita.

88. Véase Morelli, *Dir. proc. civ. internaz.*, 2a. ed., 53 ss.; idem, *Elementi*, 11a. ed., 26 ss.; Mónaco, *L'efficacia*, 2a ed., 110' ss.

89. Véase, por ejemplo, Cass., 16 de noviembre 1956, Nº 4227, *Soc. Danzas c. Soc. Henry et Clerici*: la ley extranjera para el juez italiano es un hecho a ser probado; Cass. 14 de junio 1957 Nº 2261, *Comp. Barrow Lane c. Ditta Montello Nestler*, la prueba del derecho extranjero es a cargo de quien demanda su aplicación, etc. Véanse más detalles sobre esta jurisprudencia en Cappelletti, *Il trattamento...* (1966), 320 ss.

90. Véase Cass. 13 de abril 1959 Nº 1089, *Zaffarano c. Di Monte* (*Giur. it.*, 1960, I, 1, 558); Cass. 29 de enero de 1964 Nº 237, *Ceresto c. Gortan* (*Giur. it.*, 1965, I, 1, 268); Cass. 16 de febrero 1966, Nº 486, *Finaly c. Bunin y otros* (*Giur. it.*, 1966, I, 1, 1402).

91. Ya en 1967 la Corte de Casación había vuelto a la concepción del derecho extranjero como un hecho; véase Cass., 26 de octubre 1967, Nº 2648, *Comp. di Navigaz. Sardamare c. Comp. anonyme d'assurance La Fédérale* (*Foro it.*, 1967, I, 2510). Sin embargo, la Corte de Casación ha retomado las grandes líneas de la jurisprudencia de 1960-1966, aún con cierto sometimiento en las resoluciones del 3 de abril de 1970, Nº 894, *Mastroianni c. Sgueglia* (*Riv. d.i.pr. proc.*, 1971, 617) y del 28 de marzo de 1972, Nº 992, *Di Franco c. Seminara* (*Riv. d.i.pr. proc.*, 1972, 851). Mientras que, en la resolución del 20 de julio de 1971, Nº 2363, *Acrow Ltd. c. S.p.a. Loro e Parisini* (*Giur. it.*, 1972, I, 1, 907), que se sitúa entre los dos precedentes, se vuelve una vez más al principio de la carga de la prueba a cargo de la parte interesada. En fin, en la resolución del 19 de junio de 1972, Nº 1942, *Banca d'America e d'Italia c. Carib. Shipping Co. Inc.* (*Riv. d.i.pr. proc.*, 1973, 637), hay una tentativa de conciliar el principio de la carga de la prueba a cargo de la parte interesada con el poder del juez de acudir a cualquier medio útil para establecer el contenido de la ley extranjera.

92. Véase Maury, *La condition...*, 104.

93. Véase Wolff, *PIL*, 2a. ed., 217.

94. Las doctrinas alemana, española y latinoamericana comparten el punto de vista de que el derecho extranjero continúa el mismo aún en el caso de ser aplicado por el juez nacional. Dolle, por ejemplo, escribe (*De l'application...* 238) que, aunque el legislador ordena la aplicación del derecho extranjero, este derecho "no se convierte por ello ni derecho nacional ni simple hecho. Continúa siendo derecho, y derecho extranjero, de cuyo contenido el legislador declina toda responsabilidad." Aguilar Navarro, *D.i.pr.* I, II (parte segunda: 1975) 262, seguido por Carrillo Salcedo, *D.i.pr.*, 2a. ed., 291, afirma por su parte que la ley extranjera "es Derecho, *aunque extranjero*, ésto es, algo distinto de los hechos y del Derecho nacional..." (subrayado del autor). Véanse también las consideraciones de Goldschmidt, *D.i.pr.*, 3a. ed., 129, sobre la diferencia entre derecho nacional y derecho extranjero desde el punto de vista que se le contempla: "se trata de una sola cosa iluminada por luces de diverso color".

95. El buen sentido también se hace sentir para hacer menos rígido el criterio opuesto al sostenido en el texto. La doctrina francesa, que parte de la asimilación del derecho extranjero a los hechos, admite como "permisible" que el juez (aunque no esté obligado) aplique de oficio el derecho extranjero como hecho notorio.

96. El rechazo de la demanda es justificado por quienes consideran al derecho extranjero como un hecho, diciendo que la falta de prueba de los hechos autoriza al juez a negarse a juzgar (conforme al principio *actore non probante reus absolvitur*); así, por ejemplo, Zitelmann, *IPR* (1912), 289. Otros llegan a la misma conclusión aceptando del todo la naturaleza jurídica del derecho extranjero: si el juez no ha podido conocer ese derecho, falta el fundamento jurídico de la petición que, por ende, debe ser rechazada; así Morelli, *Dir. porc. civ. internaz.* 2a ed., 61 ss.; idem, *Elementi*, 11a. ed., 28; Micheli, *Jura novit curia* (1961), 558 ss.; Sapienza, *Il principio...* (1961), 91 ss; Venturini, *La prova* (1962), 317. Lamberti Zanardi, *In tema...* (1964), 656 ss.

97. Quienes sostienen la sustitución del derecho extranjero que no ha podido conocerse por la *lex fori*, justifican su punto de vista mediante la presunción de igualdad de ambos derechos, o bien sosteniendo la existencia de un principio general según el cual la *lex fori* tendría una competencia subsidiaria en todos los casos en los que no llegue a aplicarse el derecho extranjero. En el segundo de los sentidos apuntados, véase la doctrina francesa, principalmente Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 436 ss.; Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *D.i.pr.*, 9a. ed., 405 ss.; Ponsard, *Loi étrangère...*, 270, Nº 93 ss.

98. También se ha propuesto resolver el problema, cuando un juez no logra conocer el derecho extranjero, en las formas siguientes: acudir a una remisión subsidiaria (por ejemplo el domicilio en lugar de la nacionalidad), a fin de llegar a una ley distinta a la que no ha podido conocerse (Véase Valladao, *D.i.pr.* I, 4a. ed., 458 y artículo 23 del Código civil portugués de 1966); acudir a un derecho que se presume similar a aquél que no ha podido conocerse, por ejemplo un derecho vinculado, como la *lex fori*, al *common law* o bien el derecho metropolitano en el caso de una antigua colonia, etc. (véase Ponsard, *Loi étrangère...*, 270, Nº 90); recurrir a una regla construida conforme a los hechos del derecho comparado, o sea a una regla a la cual se hubiera "probablemente" llegado (teoría de la *lex probabilis*); así Cappelletti, *Il trattamento...*, 338 ss. Sin embargo, todas estas teorías parecen ir más allá de las posibilidades del juez y dejan subsistente la incertidumbre en gran medida, prestándose a la arbitrariedad.

99. Así Zajtay, *The Application...*, 26.

100. Puede citarse sobre este tema el caso *Walton v. Arabian Am. Oil Co.*, 233 F. 2d. 541 (2d Cir. 1956) *cert. denied*. 352 US 872 (1956), en que los tribunales americanos no reconocieron el derecho a reclamar los daños causados en un accidente en carretera en Arabia Saudita, porque el demandado no había tenido éxito en probar que el derecho saudita le reconocía el derecho a ser indemnizado. Esta resolución produjo reacciones

muy fuertes en los Estados Unidos (véase Currie, *Selected Essays*, 3 ss.) y llevó a la revisión de la *Rule 441* de las *Federal Rules of Civil Procedure* (que entró en vigor el 1º de julio de 1966).

101. Véase Maury, *Règles...*, 392 ss.; Wolff, *PIL*, 2a. ed., 315; Yasseen, *Problèmes...*, 574 ss.; Cyrille David, *La loi étrangère...*, 269 ss.; Rigaux, *D.i.pr.*, I, (1977), 315 ss.; van Hecke, *Principles*, 514 ss.; Valladao, *D.i.pr.*, I, 4a. ed. 461.

102. Por falta de espacio no tomamos en consideración, para el tema en examen, el control de las Cortes de Casación o de otras Cortes supremas, sobre la aplicación de leyes extranjeras por los jueces de fondo o, en general, por los tribunales interiores. En efecto, donde tal control existe, no deja de hacer sentir sus efectos sobre la interpretación del derecho extranjero. Véase Lewald, *Le controle... passim*; Batiffol, *La Cour de Casation...* (1963); Rigaux, *La Nature...* (1966); Zajitay *The application...* (1972) 3055.

103. La Corte Permanente de Justicia Internacional, en sus dos resoluciones del 12 de julio de 1929 sobre los asuntos de los Préstamos serbios y los préstamos brasileños (serie A, Nos. 20-21; Clunet, 1929, 977 y 1008), declaró:

"il y a lieu d'appliquer le droit interne d'un pays déterminé... comme on l'appliquerait dans ledit pays... Il s'ensuit que la Cour doit tenir le plus grand compte de la jurisprudence nationale, car c'est à l'aide de cette jurisprudence qu'elle pourra déterminer quelles sont vraiment les règles que, en fait, sont appliquées dans le pays dont le droit est reconnu applicable en l'espèce."

104. Para una discusión de la jurisprudencia sobre este tema, véase Lewald, *Le controle...*, 295 ss.; Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 433 ss.; Rigaux, *D.i.pr.*, I, 316; van Hecke, *Principles*, 514 ss.; Zajitay, *The application...* 37 ss.

105. La cuestión se ha hecho notar sobre todo con relación al principio de igualdad en general (y de la igualdad de cónyuges en particular) que se encuentra en algunas constituciones modernas, por ejemplo en la Constitución italiana del 27 de diciembre de 1947 y en la *Grundgesetz* del 23 de mayo de 1949 de la República Federal Alemana. Se pregunta: ¿es contraria al principio de igualdad la adopción en las reglas de conflicto de leyes de una vinculación a la ley del jefe de familia (padre o esposo)?

Hay literatura alemana importante sobre este tema; véase por ejemplo, Dolle, *Die Gleichberechtigung...* (1950); Siegrist, *Gleichberechtigung...* (1959); Kefel, *Reform...*, *Wechselbeziehungen...* (1963); Strum, *Zur Gleichberechtigung...* (1967); Gamilsherg, *Gleichberechtigung...* (1969); Gorgens, *Die materiell rechtliche...* (1976); Müller-Freinfels, *Conflicts...* (1978). En la literatura italiana, véase Ballarino, *Constituzione...* (1974) y Giardina, *L'eguaglianza...* (1974).

106. Véase los autores citados en la nota anterior.

107. En los Estados sin constitución o de constitución flexible (que puede ser modificada por las leyes ordinarias), no se plantea la cuestión de la constitucionalidad de las leyes; véase van Hecke, *Principles*, 516; Yasseen, *Problèmes...*, 568.

108. La ley extranjera que ha sido declarada inconstitucional en su Estado, conforme a los procedimientos previstos al efecto, no existe o ha perdido su eficacia en su propio orden; el juez del foro no puede revivirla, pues debe aplicar el derecho extranjero y no normas que fueron tales en el pasado; en tal sentido Maury, *Règles*, 395; Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed. I, 419; Niederer, *Einführung*, 342; Morelli, *Dir. proc. civ. internaz.*, 2a. ed., 53 ss.; De Nova, *Legge, Legge straniera...* (1955), también en Scritti, 428 ss.

109. Así Maury, *Règles...*, 395. En el mismo sentido Melchoir, *Grundlagen*, 81 ss.; Nussbaum, *The Problem...*, 1031 ss.; Niboyet, *Traité*, 2a. ed., II Nos. 979-980; Wolff, *PIL*, 2a. ed., 214; Neumayer, *Fremdes Recht...* (1958); Lipstein, *Proof* (1967); Valladao, *D.i.pr.*, I, 4a. ed. 460; Kegel, *IPR*, 4a. ed., 229.

110. Véase Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., 419 ss. En el mismo sentido Rabel *Conf. of Laws*, IV, 485; Yasseen, *Problèmes...*, 569; Cyrille David, *Loi étrangère...*, 256; Kahn-Freund, *General Problems*, 449 ss.; *idem*, *Constitutional...* (1977) y, desde el punto de vista

del sistema italiano de derecho internacional privado, Balladore Pallieri, *Costituzione...*, 5 ss.

111. Según estas teorías, el juez de fondo solamente podría declarar la inconstitucionalidad de una ley extranjera, si en el estado extranjero el control de constitucionalidad: a) lleva a una decisión de alcance general (con efectos *erga omnes*) y no tan sólo válida para el caso resuelto (o sea *inter partes*); véase De Nova, *Legge straniera...* (1955), en Scritti, 451 ss.; Ponsard, *Loi étrangère*, 264 N° 13; b) es ejercido por cualquier juez (control difuso) y no solamente por la Corte suprema del país; véase Mosconi, *Norme...*, 426 ss.; c) es ejercido por los órganos judiciales (incluyendo el tribunal supremo), pero no por órganos constitucionales *ad hoc* (cortes constitucionales u órganos similares como la Corte constitucional italiana o el Bundesverfassungsgericht alemán); véase Quadri, *Controllo...*, 31 ss.; van Hecke, *Principles...*, 516 ss. También se ha dicho que el juez del foro podría declarar la inconstitucionalidad de las leyes extranjeras consideradas nulas en su propio orden jurídico, pero no si son tan sólo anulantes; véase Morelli, *Controllo...*, 30.

112. Los casos de no aplicación de una ley extranjera por contravenir a su propia constitución son raros, pero no inexistentes. Véase, por ejemplo, en Inglaterra, *In re Amand* (1941) 2 K.B. 239 y (1942) 1 K.B. 445; y el Italia *Anglo Iranian Oil Co. c. SUPOR*, Trib., Roma, 13 de septiembre de 1958 (Foro it., 1955, I, 256; *R. crit.*, 1958, 519, nota de De Nova, reproducida en Scritti, 439-454). En este último caso el tribunal de Roma declaró que la norma extranjera pasa a formar parte del orden italiano no tan sólo por su contenido "sino con la forma, significado y valor que tiene en su propio orden"; de ello se sigue que el juez italiano debe hacer la investigación de su constitucionalidad "en relación a la Constitución del país extranjero".

113. El punto de vista expresado en el texto puede resumirse diciendo que el juez del foro no ejerce un control de la constitucionalidad de las leyes extranjeras ni de jefe del orden jurídico al cual pertenece (pues no le ha sido delegado tal poder), ni de su propio orden jurídico (que se ocupa tan sólo de la constitucionalidad de las leyes nacionales). El control que ejerce en esta materia, deriva de la función que le es asignada por su propio orden jurídico, a través de las reglas de conflicto, de verificar si existen en el orden extranjero las condiciones necesarias para la aplicación de la ley de que se trata. Para más detalles, véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 237 ss.; idem, *Corso* 119 ss.

114. Según Paolo Picone, *Norme di conflitto speciali...*, 16 ss. en nota; idem *Norme di d.i.pr.*, esp. 40 ss. y 85 ss. (véase también Bernardini, *Produzione...*, 505), el derecho extranjero es aplicable tan sólo por la regla de conflicto, en tanto el derecho material del foro es aplicable por su propia fuerza únicamente. Sin embargo, la regla de conflicto también desempeña una función con respecto a este último derecho, que es la de establecer los límites de aplicabilidad del derecho del foro. Debería por tanto considerarse a la *lex fori* como un "fragmento" de una norma más amplia, que comprendería tanto al derecho material cuanto a la norma de conflicto. Es cierto, y lo hemos reconocido, que la regla de conflicto llega a establecer *indirectamente* los límites de aplicación de la *lex fori*. Pero su finalidad directa y esencial es establecer la ley aplicable a las especies con elementos extranjeros. Desde este punto de vista la ley material local (*lex fori*) se encuentra en pie de igualdad frente a la ley extranjera y ella también es objeto de la elección realizada por la regla de conflicto. No parece por tanto que la ley material del foro, que es también objeto de una elección, pueda funcionar —sola o con la regla de conflicto— como un factor al que pueda acudir para hacer la elección entre ella misma y otra ley.

115. Véase Ehrenzweig, *PIL*, I, 303, ss.

116. Véase Francescakis, *Conflits*, 487 N° 233 ss; Batiffold y Lagarde, *D.i.pr.* 6a. ed., I, 400; Lerebours-Pigeonnière y Loussouarn, *D.i.pr.*, 9a. ed., 405 ss.; Maury, *Régles*, 403 ss.; Ponsard, *Loi étrangère*, 270, N° 93 ss. Para la jurisprudencia véase sobre todo el caso *Bisbal*, Cass. civ., 12 de mayo de 1959 (*R. crit.*, 1960, 62, nota de Batiffol).

117. Véase Balladore Pallieri, *D.i.pr.*, 98.

118. Véase Ago, *Teoría*, 328 ss., *idem*, *Cours*, 455 ss.; Morelli, *Elementi*, 10a. ed., 83; Mónaco, *L'efficacia*, 2a., ed., 102 ss.

119. Véase Vitta, *Il principio...* (1964), 25 ss; *idem*, *La lex fori...* (1964) esp. 304 y 312; *idem*, *D.i.pr.*, 241 ss. Las conclusiones a que hemos llegado parecen ser compartidas por Batiffol y Lagarde, *D.i.pr.*, 6a. ed., I, 443.

120. Para más detalles, véase Vitta, *D.i.pr.*, I, 246 ss.

121. Véase Vitta, *Cours général...*, N° 27.

122. Sobre los conflictos de leyes internas y las reglas atributivas de competencia, véase Vitta, *D.i.pr.*, I, esp. 92 ss., donde se citan otros trabajos sobre la materia, así como la adhesión de otros autores a nuestro punto de vista.