LAS NORMAS GENERALES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Por el doctor Carlos ARELLANO GARCIA

Profesor de la Facultad de
Derecho de la U.N.A.M.

Introducción

La preparación de un documento técnico e informativo sobre el punto 8 del temario de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, referente a "Normas Generales de Decreto Internacional Privado" constituye una misión de enormes proporciones.

El trabajo a desempeñar es a nivel interamericano. En consecuencia, en su formación se ha dado especial relevancia a las convenciones internacionales verificadas en nuestro continente, a la legislación interna americana y a la doctrina jurídica de los iusprivatistas de América.

Se ha tomado plena conciencia de las dificultades que entraña la obtención del consentimiento supranacional en la adopción de criterios unánimes sobre materias que han sido debatidas secularmente como son, entre otras, las relativas a los puntos de conexión: domicilio, nacionalidad o residencia, o las correspondientes al reenvío. Habría problemas de difícil concordancia tanto teórica como práctica. Los resultados positivos tendrán que producirse a veces mediante la fórmula de sacrificar ideas prevalecientes que se han proyectado en la legislación interna, y, otras veces, a través del expediente de llegar al acuerdo en los menos debatido para posteriormente ocuparse de lo más controvertido.

En la búsqueda de criterios orientadores no se encontró, en el ámbito de las convenciones internacionales, un tratado que resumiera especialmente las normas generales del Derecho Internacional Privado. Por tanto, el primer problema que surge espontáneo consiste en determinar las materias que integrarán el contenido de las normas generales. A ese respecto, en un plano de exclusión se ha tomado la decisión de que deben eliminarse las posibles reglas sobre la nacionalidad y condición jurídica de extranjeros por tratarse de normas jurídicas de cariz material y no conflictual, como compete a típicas reglas jurídicas iusprivatistas. Ya en el terreno de afrontar el enunciado de las materias que podrían considerarse como vinculadas a las "normas generales" del Derecho Internacional Privado, estimamos que deberán incluirse las siguientes:

1. Aplicación de Derecho extranjero.
2. Existencia, estado civil y capacidad de las personas.

* Anteproyecto individual de un documento técnico e informativo para la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

3. Efectos jurídicos de actos realizados en el extranjero.
4. Bienes muebles e inmuebles.
5. Forma extrínseca de los actos.
6. Declaraciones de voluntad.
7. Reenvío.
8. Calificación.
9. Orden público.
10. Fraude a la Ley.

En el desarrollo del estudio se aludirá a los esfuerzos tendientes a la codificación del Derecho Internacional Privado en el continente americano bajo la perspectiva de las posibles normas generales se estudiarán los criterios adoptados en la legislación interna de los países americanos, se analizarán en concreto las cuestiones que suscitan las materias antes ennumeradas y se concluirá con la redacción de un Proyecto de Convenio sobre Normas del Derecho Internacional Privado.

La justicia, la seguridad y el bien común, valores supremos de lo jurídico, no pueden detenerse en las líneas fronterizas de los Estados miembros de la comunidad interamericana. De esa manera, emerge vigorosa la necesidad de la elaboración de reglas jurídicas objetivamente válidas que coordinen eficazmente los sistemas jurídicos nacionales en aras de la armonía continental en la solución a los conflictos de leyes. La atención a la mencionada necesidad hará sucumbir las posturas de extremo nacionalismo, aunque nunca al grado de poner en peligro la soberanía, don tanpreciado, por el que tanto han pugnado los representantes de los Estados americanos en los foros internacionales. No deberá rendirse un culto a la extraterritorialidad que podría atentar contra la individualidad de los Estados pero, tampoco deberá campear un territorialismo que niegue el acceso a la aplicación de la norma jurídica extranjera cuando los valores jurídicos impongan su vigencia.

CAPITULO PRIMERO

Las normas generales del Derecho Internacional Privado en la codificación interamericana

SUMARIO: 1. *La codificación internacional*. 2. *La dificultad en la codificación*. 3. *Los métodos de codificación*. 4. *Tratados de Montevideo de 1889*. 5. *Tratados de Montevideo de 1940*. 6. *Código de Bustamante*. 7. *La revisión del Código de Bustamante*. 8. *Las Convenciones Internacionales de Panamá de 1975*.

1. La codificación internacional

Los conflictos internacionales de leyes son un problema que rebasa las fronteras estatales y como tal requiere de una solución internacional. Lo deseable es el acuerdo de voluntades entre países para que sean normas internacionales y no internas las que establezcan las reglas conflictuales que determinen las normas jurídicas materiales competentes.

Es óptimo en cuanto a fórmulas colectivas de solución de conflictos internacionales de leyes, alcanzar, total o parcialmente, por medio de tratados internacionales, la uniformidad de reglas de solución.

El 11 de diciembre de 1875, el gobierno de Perú invitó a los países americanos a un Congreso que tendría por objeto concordar las legislaciones internas de los diversos Estados americanos y establecer los principios adecuados para resolver los conflictos de leyes. El Congreso de Lima se verificó en el año de 1877 con la asistencia de Argentina, Bolivia, Cuba, Chile, Ecuador y Perú, después llegaron los delegados de Costa Rica y Venezuela. Como resultado del Congreso se aprobó la primera Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado que sólo fue ratificada por Perú. En opinión de jurista chileno Federico Duncker Bigg¹ el fracaso del tratado internacional es atribuible al hecho de que adoptó la nacionalidad como punto de conexión en la solución de conflictos siendo que esa teoría ya había sido rechazada por países americanos que seguían el sistema del domicilio. En efecto, el Tratado de Lima para establecer Reglas Uniformes en materia de Derecho Internacional

¹ Citado por RICH James. *La Codificación del Derecho Internacional Privado de los Países Americanos*. Tesis Profesional. 1964. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 14 y 15.

Privado, de 1879, en el artículo estableció: "La capacidad jurídica para contraer matrimonio se juzgará por la ley nacional de los contrayentes."² El profesor Nadelmann³ hace referencia a la idea concebida por el Perú de convocar a la conferencia que tuvo verificativo en Lima de 1877 a 1878 y, en particular, sobre el proyecto de convención afirma que refleja las enseñanzas que produjo la Escuela Italiana.

Es por tanto, el Tratado de Lima, una experiencia interamericana en el sentido de palpar el rechazo a la adopción del sistema de la "lex patriae" en cuanto a capacidad y estado civil de las personas. Como un antecedente requiere ser tomado en cuenta.

Se ha reflexionado ampliamente sobre la posibilidad de armonización de las reglas de conflictos de leyes en el grupo de países de América y se ha concluido que es perfectamente factible⁴ por contar los países latinoamericanos con sistemas jurídicos similares por derivar del tronco hispánico común y por existir grados de evolución equiparables en los aspectos económico, político y sociológico.

La verdadera codificación internacional requiere abatir consagración de opciones contradictorias, prevalencia de posturas nacionalistas injustificadas y reservas generales anulatorias de la norma conflictual uniforme.

Lo anterior engendra requerimientos de meditación en la norma, de elevado espíritu de sacrificio para ceder terreno a las ideas más sostenibles y de buena combinación entre la aspiración cosmopolita y el sentimiento nacionalista.

2. La dificultad en la codificación

La localización y posteriormente la aceptación de la convención internacional que plasme las reglas conflictuales de validez multilateral ha menester de arduo empeño, sobre todo si se trata de normas generales de Derecho Internacional Privado en donde debe tomarse una decisión sobre temas debatidos casi sempiternamente. En opinión de Jean Derruppé⁵ la codificación internacional exige conciliar los intereses de la colectividad nacional y las necesidades de la vida internacional. Allí está ubicada, en el criterio de ese mismo autor, la pobreza de las fuentes internacionales y concomitantemente la tarea de concebir la conciliación de intereses nacionales e internacionales queda encomendada a los legisladores internos.

² Véase a VALLADAO, *Derecho Internacional Privado*, "Material de Clase", Biblioteca Universitaria Freitas Bastos, 7 Edición, p. 283

³ NADELMANN, Kurt H., "Conflicts between Regional and International Work on Unification of Rules of Choice of Law", *The Harvard International Law Journal*, Vol. 15, Spring 1974, P. 216.

⁴ En este sentido se pronuncia Enrique HEUGLERA, "El Derecho Internacional Privado Mexicano y el Código de Bustamante", *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1962, p. 29.

⁵ *Droit International Privé*, 3a. edición Dalloz, Paris 1973, p. 52.

El proceso de manufactura de las fuentes internacionales vigentes es complejo y lento. Los representantes de las naciones acuden a las reuniones internacionales alimentados de la mejor buena voluntad y de las más nutridas esperanzas. Sus intervenciones en la mesa de deliberaciones las más de las veces operan constructivamente para superar los anteproyectos y para eliminar los inconvenientes y concluyen con un texto de convención internacional que en casos óptimos se firma mayoritariamente pero, después se vuelve sumamente lenta la etapa de ratificación con la consecuente iniciación de vigencia.

La manera de vencer los escollos que dificulten la formulación de textos jurídicos supranacionales es la insistencia en la codificación, de donde se deriva lo encomiable de la intervención de la Organización de Estados Americanos para auspiciar la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado.

Si hay dificultad en la codificación internacional del Derecho Internacional Privado, juzgamos que la problemática se acentúa cuando se trata de proponer normas generales de Derecho Internacional Privado ya que el enfoque es de mucho mayor amplitud y las normas que se establezcan guiarán en el futuro la tónica a seguirse en ciertas convenciones internacionales sobre temas más particulares. A efecto de reducir la inhibición desprendida de un exceso de responsabilidad que pudiera frenar la aceptación de normas generales de la citada materia, debe advertirse de antemano que la fijación de una norma general no menoscaba el derecho de establecer ante una figura jurídica específica una norma particular discrepante. Al respecto, recuérdese que la norma jurídica especial debe prevalecer sobre la norma jurídica general.

Superar los obstáculos en la labor codificadora debe ser el pensamiento rector; la lógica de los argumentos deberá inspirar, al lado de la experiencia individual y colectiva, la vía más satisfactoria para el convenio multilateral. Como afirma Martin Wolf⁶ ha de crearse una saludable tendencia a relegar a segundo plano la concepción aislacionista que pretende aplicar el Derecho propio.

3. Los métodos de codificación

En la actualidad ya es unánime el pensamiento en cuanto a que no es posible en una sola reunión llegar a una convención omnicompreensiva de todas las reglas conflictuales en diversas materias.

La práctica aconseja, como se ha hecho en las Convenciones de La Haya; el avance paulatino pero firme, en el que se formulan, se discuten y se aprueban convenciones en las que se aborda tema por tema. Bajo este sistema las posibilidades de buen éxito son sin duda mayores.

⁶ WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, Bosch 1958, Traducción de Antonio Martín López, p. 48.

El sistema expresado de tocar materia por materia ha sido el elegido en lo interamericano desde que tuvo realización en Panamá, en enero de 1975, la Primera Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado⁷

Que ahora se haya incluido en el termino de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado la materia "Normas Generales de Derecho Internacional Privado", de ninguna manera significa que el método se haya abandonado porque la adopción de criterios generales que se repiten en cada convención es necesaria. Toda codificación interna o internacional requiere del establecimiento de disposiciones generales.

Por otra parte, en cuanto a métodos de codificación, se estima que las Convenciones de Derecho Internacional Privado que se adopten deben establecer la regla conflictual correspondiente y no establecer bases para que la legislación interna de los Estados suscriptores establezca la regla conflictiva pues esa es una forma mucho más precaria de llegar a la codificación internacional.

No puede soslayarse que, en el supuesto de que sea necesario completar una convención con reglas materiales de Derecho Uniforme al lado de las típicas reglas conflictuales formales, la convención internacional las deberá de incluir pero complementariamente y no esencialmente ya que, una convención de Derecho Internacional Privado debe estar integrada por normas conflictuales determinativas de la norma jurídica interna competente y no abarcar sino excepcionalmente las normas materiales de Derecho Uniforme que sustituirán a las normas internas materiales.

En el sentido antes expuesto se actuó en la Primera Conferencia Especializada de Derecho Internacional Privado, efectuada en Panamá en 1975 bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos.

Desde ángulo diverso, cabe dejar constancia de que, para el logro del objetivo codificador es necesaria la participación conjunta, constructiva y eficaz, de los representantes de los países que serán destinatarios de las normas generales que en definitiva se aprueben.

4. *Tratados de Montevideo de 1889*

Nuestro intento es descubrir en los Tratados de Montevideo de 1889, las normas generales de Derecho Internacional Privado que se intercambiaron en su articulado y que tomamos en cuenta que para definir con conocimiento de los datos existentes la corriente que habremos de adoptar en el Derecho Internacional Privado.

En el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, en el artículo 1o. se establece:

⁷ Véase a RITCH James, *Op. cit.*, p. 66. Este autor proponía con anterioridad a esa conferencia que la Organización de los Estados Americanos sugiriese a los países americanos la codificación del Derecho Internacional Privado, materia por materia, compilando primero las materias donde haya más necesidad práctica y donde haya más probabilidades de obtener éxito.

"La capacidad se rige por las leyes de su domicilio." Este dispositivo se refiere a las personas físicas y entroniza el sistema del domicilio para la capacidad de las personas naturales.

A su vez el artículo 2o. del mismo Tratado establece un principio de respeto de derechos en cuanto a capacidad al determinar:

"El cambio de domicilio no altera la capacidad adquirida por emancipación, mayor edad o habilitación judicial."

Por lo que hace a las personas jurídicas, el artículo 4o. regula su existencia y capacidad de la siguiente manera:

"La existencia y capacidad de las personas jurídicas de carácter privado rige por las leyes en el cual han sido reconocidas como tales.

"El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera de su institución todas las acciones y derechos que les corresponden.

"Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos."

El transcrito artículo 4o., en un primer párrafo, le da aplicación extraterritorial a la norma jurídica extranjera en lo que se refiere a la capacidad de las personas jurídicas pero, en el párrafo tercero, respecto al ejercicio del derecho, las sujetas a las leyes del Estado en donde se realicen los actos.

Para los efectos de este estudio se destaca la consignación del punto de conexión "residencia" complementariamente al "domicilio". Dice el artículo 5o.

"La ley del lugar en el cual reside la personal determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio."

Por su parte, el artículo 9o. del mismo Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889, le da carácter supletorio a la residencia:

"Las personas que no tuvieren domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia."

En lo que atañe a bienes, el artículo 26 del Tratado de Montevideo de 1889, regula lo siguiente:

"Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posición, a su enajenación absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

En particular, respecto de los bienes muebles el mismo Tratado determina el respeto de los derechos adquiridos:

"Artículo 30. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición.

"Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados."

"Artículo 31. Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad a la ley del lugar de la nueva situación después del cambio

operado y antes de llenarse los requisitos referidos, privan sobre los del primer adquirente.”

Respecto a la forma de los actos jurídicos, el Tratado a estudio señala:

“Artículo 32. La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente.”

“Artículo 39. Las formas de los instrumentos públicos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan.”

En el Tratado de Derecho Comercial Internacional de 1889, en el artículo 5o. se establece la regla aplicable a la existencia y capacidad de las personas jurídicas:

“Las sociedades o asociaciones que tengan carácter de persona jurídica, se regirán por las leyes del país de su domicilio, serán reconocidas de pleno derecho como tales en los Estados, y como hábiles para ejercitar en ellos derechos civiles y gestionar su reconocimiento ante los tribunales.

“Mas, para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas en el Estado en el cual intentan realizarlos.”

No tendríamos una idea cabal de los Tratados de Montevideo de 1889 si no aludiéramos al Protocolo Adicional⁸ convenido con dichos Tratados:

Los plenipotenciarios de los Gobiernos de la República Argentina; de la República de Bolivia; del Imperio del Brasil; de la República de Chile; de la República del Paraguay; de la República del Perú y de la República Oriental del Uruguay penetrados de la conveniencia de fijar reglas generales para la aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros, en los casos que determinen los tratados celebrados sobre las diversas materias del Derecho Internacional Privado, han convenido lo siguiente:

“Artículo 1o. Las leyes de los Estados contratantes, serán aplicadas en los campos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeros las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.

“Artículo 2o. Su aplicación será hecha de oficio por el Juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

“Artículo 3o. Todos los recursos acordados por la ley de procedimientos del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que decidan, aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.

“Artículo 4o. Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

⁸ El texto se tomó del Protocolo Adicional, reproducido en la obra de GARCÍA CALDERÓN, Manuel, *Derecho Internacional Privado*, Lima, 1969 (Fondo Editorial del Programa Académico de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima), pp. 559 y 560.

“Artículo 5o. De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los Gobiernos se obligan a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionan en sus respectivos países.”

5. *Tratados de Montevideo de 1940*

El Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 se refiere a la existencia, estado civil y capacidad de las personas físicas, en su artículo 1o.:

“La existencia, el estado y la capacidad de las personas físicas, se rigen por la ley de su domicilio. No se reconocerá incapacidad de carácter penal, ni tampoco por razones de religión, raza, nacionalidad u opinión.”

El artículo 2o. implica un respeto a derechos adquiridos en cuanto a capacidad:

“El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.”

Hay una referencia especial a la capacidad de los Estados y demás personas jurídicas de derecho público extranjeras:

“Artículo 3o. Los Estados y las demás personas jurídicas de derecho público extranjeras, podrán ejercer su capacidad en el territorio de otro Estado, de conformidad con las leyes de este último.”

En cuanto a las personas jurídicas de carácter privado establece el artículo 4o.

“La existencia y la capacidad de las personas jurídicas de carácter privado, se rigen por las leyes del país de su domicilio.

“El carácter que revisten las habilita plenamente para ejercitar fuera del lugar de su institución todas las acciones y derechos que les correspondan.

“Mas para el ejercicio habitual de actos comprendidos en el objeto especial de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por el Estado en el cual intenten realizar dichos actos.

“La misma regla se aplicará a las sociedades civiles.”

En materia de domicilio, el Tratado a estudio, establece un concepto amplio, calificativo del domicilio, a saber:

“Artículo 5o. En aquellos casos que no se encuentran especialmente previstos en el presente tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

“1a) la residencia habitual en un lugar con ánimo de permanecer en él;

“2a) a falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar, integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces, o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva;

“3a) el lugar del centro principal de sus negocios;

“4a) en ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia.”

“Artículo 6o. Ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez.”

“Artículo 7o. El domicilio de las personas sujetas a patria potestad, a tutela o a curatela, es el de sus representantes legales; y el de estos, el lugar de su representación.”

“Artículo 8o. El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido.”

“Artículo 9o. La mujer separada judicialmente o divorciada conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. La mujer casada abandonada por su marido conserva el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio.”

“Artículo 10. Las personas jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios.”

“Los establecimientos, sucursales o agencias constituidas en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen.”

“Artículo 11o. En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará salvo prueba en contrario, de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar a donde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio.”

Por lo que hace a los bienes, el Tratado en estudio determina:

“Artículo 32. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en donde están situados, en cuanto a su calidad, a su posesión, a su inenajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.”

“Artículo 34o. El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos.”

“El cambio de situación de la cosa mueble litigosa, operado después de la promoción de la respectiva acción real, no modifica las reglas de competencia legislativa y judicial que originalmente fueron aplicables.”

“Artículo 35o. Los derechos adquiridos por terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado y antes de llenarse los requisitos referidos, privan sobre los del primer adquirente.”

Por lo que toca a la forma de los actos jurídicos, el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1940 establece:

“Artículo 36o. La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar en donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad, por la ley de cada Estado.”

El Tratado de Derecho Comercial Terrestre de 1940, en su artículo 1o. establece la ley competente para calificar el acto como civil o comercial:

“Los hechos y los actos jurídicos serán considerados civiles o comerciales, con arreglo a la ley del Estado en donde se realizan.”

Acerca de las sociedades comerciales establece el tratado citado lo siguiente:
"Artículo 6o. La ley del domicilio comercial rige la calidad del documento que requiere el contrato de sociedad.

"Los requisitos de forma del contrato se rigen por la ley del lugar de su celebración.

"Las formas de publicidad quedan sujetas a lo que determine cada Estado.

Artículo 7o. El contenido del contrato social; las relaciones jurídicas entre los socios; entre éstos y la sociedad; y entre la misma y terceros se rigen por la ley del Estado en donde la sociedad tiene domicilio comercial.

"Artículo 8o. Las sociedades mercantiles se regirán por las leyes del Estado de su domicilio comercial; serán reconocidas de pleno derecho en los otros Estados contratantes y se reputarán hábiles para ejercer actos de comercio y comparecer en juicio.

"Mas para el ejercicio habitual de los actos comprendidos en el objeto de su institución, se sujetarán a las prescripciones establecidas por las leyes del Estado en el cual intentan realizarlos.

"Los representantes de dichas sociedades contraen para con terceros las mismas responsabilidades que los administradores de las sociedades locales.

"Artículo 9o. Las sociedades o corporaciones constituidas en un Estado bajo una especie desconocida por las leyes de otro, pueden ejercer en este último, actos de comercio, sujetándose a las prescripciones locales."

También se suscribió, en relación con los Tratados de Montevideo de 1940 un Protocolo adicional en los siguientes términos:

"Los Plenipotenciarios de los Gobiernos de la República Oriental del Uruguay; de la República de los Estados de Brasil; de la República de Colombia; de la República de Bolivia; de la República de Argentina; de la República de Chile; de la República de Perú y de la República de Paraguay, penetrados de la convicción de fijar reglas generales para la aplicación de las leyes de cualquiera de los Estados contratantes en los territorios de los otros en los casos que determinen los tratados celebrados sobre las diversas materias del Derecho Internacional Privado, han convenido en lo siguiente:

"Artículo 1o. Las leyes de los Estados contratantes serán aplicadas en los casos ocurrentes, ya sean nacionales o extranjeros las personas interesadas en la relación jurídica de que se trate.

"Artículo 2o. La aplicación será hecha de oficio por el juez de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley invocada.

"Artículo 3o. Todos los recursos acordados por las leyes de procedimiento del lugar del juicio para los casos resueltos según su propia legislación, serán igualmente admitidos para los que se decidan aplicando las leyes de cualquiera de los otros Estados.

"Artículo 4o. Las leyes de los demás Estados jamás serán aplicados contra instituciones políticas, las leyes de orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso.

“Artículo 5o. La jurisdicción y la ley aplicable según los respectivos tratados no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes, salvo en la medida en que lo autorice dicha ley.

“Artículo 6o. De acuerdo con lo estipulado en este Protocolo, los gobiernos se comprometen a transmitirse recíprocamente dos ejemplares auténticos de las leyes vigentes, y de las que posteriormente se sancionen en sus respectivos Estados.”

6. *Código de Bustamante*

El Código Bustamante establece una norma general relativa a la calificación en el artículo 6o.

“En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionadas en el art. 3o.”

El dispositivo del Código Bustamante que ha recibido el mayor número de comentarios es el artículo 7o. cuyo texto expresa:

“Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior.”

En el precepto transcrito se deja en libertad a los Estados contratantes para adoptar en su legislación interna el sistema que más convenga a sus individuales intereses, siendo muy reducidos los efectos típicamente codificadores.

Referente a los derechos adquiridos por una parte, y relacionado por otra parte en el orden público, el artículo 8o. del Código que se analiza establece:

“Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código, tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiera a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional.”

El artículo 3o. del Código en consulta hace una clasificación de las normas jurídicas en tres grupos:

Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes: 1) las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen, aunque se trasladan a otro país, denominadas personales o de orden público interno; 2) las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales denominadas territoriales, locales o de orden público internacional; 3) las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.”

Acerca del domicilio, el Código Bustamante determina:

“Artículo 22o. El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domi-

cilio general y especial de las personas naturales o jurídicas, se regirá por la ley territorial.

“Artículo 23. El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno o para estudios científicos o artísticos será el último que hayan tenido en su territorio nacional.”

“Artículo 24. El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados, y el del tutor o curador, a los menores incapacitados bajo su guarda, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio del otro.”

“Artículo 25. Las cuestiones sobre cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas, se resolverán de acuerdo con la ley del tribunal, si fuere el de uno de los Estados interesados, y en su defecto, por la del lugar en que se pretenda haber adquirido el último domicilio.

“Artículo 26. Para las personas que no tengan domicilio, se entenderá como tal de su residencia, o en donde se encuentren.”

Por lo que hace a la capacidad, el Código Bustamante establece:

“Artículo 27. La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo restricciones establecidas para su ejercicio por este código por el derecho local.”

Sobre la capacidad de las personas jurídicas, el Código de Bustamante preceptúa:

“Artículo 31. Cada Estado contratante, en su carácter de persona jurídica, tiene capacidad para adquirir derechos civiles y contraer obligaciones de igual clase en el territorio de los demás, sin otras restricciones que las establecidas expresamente por el derecho local.”

“Artículo 32. El concepto y reconocimiento de las personas jurídicas se regirán por la ley territorial.”

“Artículo 33. Salvo las restricciones establecidas en los dos artículos anteriores, la capacidad civil de las corporaciones se rige por la ley que las hubiese creado o reconocido; la de las fundaciones, por las reglas de su institución, aprobadas por la autoridad correspondiente, si lo exigiere su derecho nacional, y la de las asociaciones, por sus estatutos en iguales condiciones.”

“Artículo 34. Con iguales restricciones, la capacidad civil de las sociedades civiles, mercantiles o industriales se rige por las disposiciones relativas al contrato de sociedad.”

Por lo que toca a bienes, el Código Bustamante regula:

“Artículo 105. Los bienes, sea cual fuere su clase, están sometidos a la ley de la situación.”

“Artículo 110. A falta de toda otra regla y además para los casos no previstos en este código se entenderá que los bienes muebles de toda clase están situados en el domicilio de su propietario, o, en su defecto, en el del tenedor.”

“Artículo 112. Se aplicará siempre la ley territorial para distinguir entre los bienes muebles e inmuebles, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros.”

"Artículo 113. A la propia ley territorial se sujetan las demás clasificaciones y calificaciones jurídicas de los bienes."

Respecto a contratos en general, el Código de Bustamante determina:

"Artículo 175. Son reglas de orden público internacional las que impiden establecer pactos, cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, la moral y el orden público y la que prohíbe el juramento y lo tiene por no puesto."

En cuanto a obligaciones en general y concretamente sobre el alcance de la voluntad de las partes contratantes, establece el Código Bustamante:

"Artículo 166. Las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este código."

Sobre la forma de los contratos en general determina el Código en consulta:

"Artículo 180. Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios y a la de hacerlos constar por escrito."

7. *La revisión del Código de Bustamante*

Con referencia especial a la revisión del Código Bustamante, Parra Aranguren⁹ nos ilustra:

". . . El Comité Jurídico Interamericano preparó un "Segundo Dictamen sobre la posibilidad de Revisión del Código Bustamante o Código de Derecho Internacional Privado", impreso en el mes de agosto de 1952, en cumplimiento del aparte segundo de la resolución VII del Consejo Interamericano de Jurisconsultos en su primera reunión."

Del Segundo Dictamen, hemos extraído los puntos que interesan para los efectos de este estudio, o sean los relativos a las que pudieran constituir el contenido de las normas generales del Derecho Internacional Privado, a saber:

"Segunda. El Código debería ser revisado, de modo principal, entre otras materias, en la relativa al estado civil y capacidad de las personas."

"Tercera. El Código debería acomodarse a la realidad social y jurídica del Continente adoptando el sistema de la ley del domicilio para la determinación del estado civil y capacidad de las personas."

"Cuarta. Para ese efecto el artículo 27 del Código debería sustituirlo por los artículos 1o. y 2o. del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y reduciendo dichos artículos a una sola disposición."

"Quinta. Las disposiciones del Código Bustamante en las que se habla de la ley personal deberían ser estudiadas una a una para determinar si conviene cambiar la expresión "ley personal" por la "ley del domicilio", o si en ciertas materias podrían adoptarse otros sistemas en cuanto a la ley aplicable."

⁹ *La Revisión del Código Bustamante*, "Revista de la Facultad de Derecho" Universidad Católica Andrés Bello, 1973 1974, No. 18, Caracas, Venezuela, 1974, pp. 72 y 73.

“Séptima. Por lo que hace a los efectos de los contratos debería mantenerse el sistema del Código consistente en aplicar la ley del lugar de su celebración.”¹⁰

Juan Ramón Bonastre, Delegado de Argentina,¹¹ hizo la salvedad de que los efectos de los contratos deben regirse por la *lex loci executionis*, por la doble ventaja de vincular el derecho aplicable y el fuero y “por su decisiva trascendencia en países como los nuestros, donde el capital extranjero actúa en forma tan abundante. La tesis contraria nos llevaría a la situación de que importantes sectores de las economías de las naciones americanas estarían regidos y dominados por leyes extrañas, cuando lo lógico es que los que celebren esos contratos que tendrán ejecución en ellas se sometan a sus leyes en vez de eludir sus prescripciones o de alterarlas en sus convenciones.”

Por su parte, el representante de los Estados Unidos de América, George H. Owen¹² consideró inaceptable las conclusiones tercera, cuarta y séptima:

“Creo que corresponde mejor a la realidad jurídica de hoy y a la evolución actual del Derecho Internacional Privado de las Repúblicas americanas, determinar la ley aplicable a la capacidad según la naturaleza de las diversas transacciones o relaciones jurídicas en las cuales la capacidad de las partes figura como elemento. . . Al examinar el detalle de los problemas las ventajas de hacer prevalecer la ley del domicilio, evidentes en cuanto a las relaciones personales de naturaleza permanente que constituyen al estado civil, parecen discutibles cuando se trata de establecer una regla categórica para la simple capacidad de contratar — bajo ciertos aspectos, en lo que concierne a la capacidad para contraer matrimonio — contrato por razones obvias de naturaleza especial.”

Sobre la conclusión séptima, manifestó:¹³

“Creo que es preferible, en cuanto a muchos factores, la aplicación de la ley del lugar de ejecución, y en consecuencia, no estimo conveniente la recomendación de una regla demasiado genérica”.

George H Owen¹⁴ se refirió a la conveniencia de que las reglas establecidas convencionalmente no se limiten a regir a los Estados signatarios:

“Además, si unos Estados, por convenio internacional, se ponen de acuerdo para seleccionar una regla específica de solución de conflictos, es presumible que lo han hecho así, porque consideran su aplicación sólo “vis-a-vis” de otros países signatarios? Tal procedimiento impone otra vez el concepto de que la aplicación de una ley extranjera es un favor que el Estado del foro está haciendo hacia el Estado extranjero (y que, sin convenio, haría sólo de mal gusto), mientras que, en la realidad, el fundamento de la aplicación de la ley extranjera debería basarse, no en el deseo de complacer a otros Estados, sino en el

¹⁰ Véase el texto correspondiente en PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Op. cit.*, pp. 72 y 73.

¹¹ *Idem*, p. 74.

¹² Citado por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Op. cit.*, p. 75.

¹³ *Idem*, p. 76.

¹⁴ *Ibidem*, p. 76.

propósito de dirimir, según normas de equidad, pretensiones de litigantes individuales. Son individuos, y no Estados, los interesados en litigios donde figuran conflictos de leyes”

Nadelmann¹⁵ hizo referencia al Dictamen de 1952 y sostiene que no fue unánime su aceptación, que el disentimiento de los representantes de los Estados Unidos se hizo valer en esta cuestión porque hacer que todas las cuestiones de capacidad dependan de la ley del domicilio no es de acuerdo con la realidad. Para la capacidad de contratar, por ejemplo, dice que algunos tribunales aceptan la ley que rige el contrato. Agrega que ésta es una cuestión muy discutida, tanto en el derecho civil como en el mundo del *common law*. Sugiere que las leyes nacionales, especialmente de los no signatarios y de los signatarios con reservas, necesitan ser tomadas en cuenta en los planes de revisión.

Según nos informa Gonzalo Parra Aranguren¹⁶ el profesor Kurt H.

Nadelmann, ante las dificultades surgidas por la amplitud de los asuntos regulados por el Código Bustamante, cinco de ellos, adoptaron una actitud “paso a paso”, que debería iniciarse con las materias de mayor interés práctico. En ese orden de ideas, el esfuerzo inicial debería orientarse hacia las normas del Código Bustamante sobre asistencia judicial internacional y posteriormente hacia otros asuntos de efectiva importancia en las relaciones de la vida diaria.

No debe pasar desapercibido que, entre los quince Estados latinoamericanos que ratificaron el Código Bustamante, cinco de ellos, adoptaron una actitud francamente territorialista, al establecer la reserva de que las reglas del Código no serían aplicadas si contrariaban la ley doméstica. Además las reglas del Código sólo se aplican en las relaciones entre los suscriptores del tratado¹⁷

Enrique Helguera hacía alusión a la situación del Código Bustamante, con una crítica a su tendencia transaccional y consideraba que la unificación de las legislaciones latinoamericanas puede realizarse, pero para ello juzgaba necesario que el Código Bustamante definiera su criterio en los puntos fundamentales y no tratara de lograr “transacciones” que a nadie beneficiaran. Por otra parte sugería se invitase a los Estados que formularon “reservas generales” a que las retiren o por lo menos que las formularan sobre preceptos específicos.¹⁸ Sin duda que la tendencia transaccional a la que se refería Enrique Helguera está representada por el artículo 7o. del Código Bustamante, cuyo texto expresa: “Cada Estado contratante aplicará como leyes personales la del domicilio, la de la nacionalidad o la que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interior.”

¹⁵ NADELMANN, Kurt H., *The Question of Revision of the Bustamante Code*, “The American Journal of International Law”, Vol. 57, Number 2, April, 1963, pp. 388 y 389.

¹⁶ Véase *La Revisión del Código Bustamante*, Op. cit., pp. 98 y 99.

¹⁷ Véase a NADELMANN, Kurt H., *Conflicts Regional and International Work on Unification of Rules of Choice of Law*, Op. cit., p. 217.

¹⁸ Véase a HELGUERA, Enrique, *Op. cit.*, p. 47.

Precisamente, Duncker Biggs¹⁹ atribuye la razón del buen éxito del Código Bustamante: "a la acertada y habilísima solución que el Código da a la vieja y cada vez más enconada discusión entre el domicilio y la nacionalidad."

El 21 de febrero de 1955, el Embajador de Ecuador remitió al Secretario General de la Organización de los Estados Americanos el documento denominado: "Comentarios y Observaciones al Estudio Comparativo del Código Bustamante, los Tratados de Montevideo y el Restatement of the Law of Conflict of Laws"²⁰ Del citado estudio, estimamos conveniente reproducir:

"Nuestro pensamiento inicial era el que se estudiaran las razones que hayan tenido los diversos gobiernos para formular sus reservas, así como las que otros gobiernos hayan tenido para no suscribir o adherirse al Código Bustamante. Este estudio implicaba también el de la legislación de los respectivos países. El resultado de este estudio había sido que el Comité nos presentara fórmulas de solución, tendientes a eliminar las reservas y los recelos de los Estados que no tienen el Código Bustamante en vigencia. Eso no lo ha hecho el Comité, limitándose a preguntar si aceptamos o no las reservas."

"... al aprobar el artículo 7o. se buscó una fórmula transaccional y temporal, esperando que más tarde, con el desarrollo más intenso de las relaciones interamericanas, con una comprensión profunda de sus intereses frente a otros continentes, con un estudio más minucioso de la legislación de los Estados americanos, se hallaría la fórmula definitiva, aceptable para ellos. . . termina el Comité preguntando si debe conservar el artículo 7o. del Código Bustamante. En nuestra opinión éste, es un vacío, porque a falta de la fórmula esperada nos obliga a pronunciarnos por la conservación del artículo en su redacción actual. La redacción actual deja la puerta abierta a la discusión presente y futuro y no cierra el paréntesis transaccional, como es el deseo de la mayoría de los Estados que suscribieron el Código."

Acerca del artículo 27 del Código Bustamante, el estudio ecuatoriano expresó:

"La necesidad de uniformar el criterio es evidente, pero creemos que sólo puede hacerse a costa de alguien; esto es, que la ley personal cede ante la ley del domicilio o viceversa. Tal conclusión significa la revisión de la legislación interna de los Estados que han adoptado uno u otro sistema."

Con posterioridad, el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, en la Ciudad de Santiago de Chile, en 1959, aprobó la resolución VIII que dispuso²¹

"1.—Continuar los estudios sobre la posibilidad de revisión del Código de Derecho Internacional Privado llamado Código Bustamante, con el objeto de alcanzar la uniformidad de las reglas de Derecho Internacional Privado de los distintos Estados americanos.

"2. Reafirmar que los trabajos de revisión deben tender a facilitar el retiro o la disminución de las reservas hechas al ratificarse la Convención apro-

¹⁹ *Op. cit.*, p. 128.

²⁰ Véase a PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *Op. cit.*, pp. 83 a 85.

²¹ *Idem*, p. 89.

batoria del Código de Derecho Internacional Privado, la uniformidad de las normas con los Estados que han ratificado los Tratados de Montevideo y la adhesión de aquellos que no han ratificado esos convenios."

Del contenido del presente apartado relativo a la revisión del Código Bustamante, derivamos magnífica orientación de lo que puede esperarse acerca de las probables normas generales del Derecho Internacional Privado.

8. *Las Convenciones Internacionales de Panamá de 1975*

Del 14 al 30 de enero de 1975, en la Ciudad de Panamá, tuvo verificativo la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, bajo los auspicios de la Organización de los Estados Americanos, a la que concurrieron representantes de Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, todos ellos miembros de la citada Organización, y dejaron de asistir Barbados, Bolivia y Haití. Se utilizaron como base de los trabajos de codificación ocho valiosos proyectos de convenciones internacionales formuladas por el Comité Jurídico Interamericano²²

En una etapa inicial de la Conferencia decidieron los delegados asistentes que las Convenciones, podrían incluir, al lado de las disposiciones de típica naturaleza iusprivatista, normas de Derecho Uniforme, si ello fuese necesario.

Como fruto de los trabajos de la Primera Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado se concluyeron seis importantes convenciones, a saber: Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas; Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques; Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional; Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias; Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; y Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el extranjero.²³

Excedería a los límites naturales de este estudio el análisis detallado de las citadas Convenciones, por tanto, nos circunscribiremos a tomar nota de las observaciones idóneas para los efectos de obtener pautas referentes a las posibles normas generales del Derecho Internacional Privado.

A) En la actualidad, la nueva tarea codificadora es paulatina. No se desea la condificación global inmediata como en el pasado.

²² Para una mayor información sobre los antecedentes y desarrollo de la Conferencia, véase el trabajo del jurista venezolano PARRA ARANGUREN, Gonzalo. *La Primera Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado*, separata de "Actos procesales del Derecho Vivo", Cuadernos Latinoamericanos del Derecho en Acción, Vol. XVI, N° 46-48. Caracas, agosto de 1975.

²³ Véase el texto autorizado de las Convenciones en "Serie sobre Tratados", N°s. 40 al 45, OEA. Documentos Oficiales OEA Ser. A 18 (SEPF), 19, 20, 21, 22 y 23.

B) No prevalece en las convenciones un criterio territorialista o extraterritorialista, que a manera de prejuicio, forzara el sentido de las normas conflictuales convenidas. Simplemente ante el problema concreto de la materia a que se refiere la convención, los delegados trataron de proyectar la norma más justa y más razonable.

C) Las convenciones se inclinaron por establecer la vigencia de las normas para los Estados Partes en ellas. Esto no significa que no convenga meditar acerca de que, en el futuro, los Estados contratantes puedan quedar facultados para aplicar derecho extraño procedente de un Estado no parte en la convención, si es razonable y justa la regla conflictual aceptada en el acuerdo de voluntades entre los Estados Partes.

D) En las convenciones, para un mejor funcionamiento de lo pactado, no hubo empacho en englobar normas materiales, de típico Derecho Uniforme, lo que podría hipotéticamente restar ortodoxia al contenido de la Convención pero, que desde el punto de vista práctico, resultó muy conveniente para completar el contenido de la convención y hacerla más funcional.

E) Cuando fue necesario se hicieron aclaraciones sobre terminología empleada para precisar el alcance de las expresiones utilizadas.

F) La salvaguarda de los intereses nacionales, tan importante en el Continente Americano, se representó con la inclusión en todas las convenciones de la posibilidad de rehusar la obligación contraída en caso de contravención al orden público.

G) En todas las convenciones se incluyó la cláusula en cuya virtud los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales con distintos sistemas jurídicos, pueden declarar si la convención se aplica a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

CAPITULO SEGUNDO

Las normas generales del Derecho Internacional Privado en las legislaciones internas de los países de América.

SUMARIO: 9. *Consideraciones preliminares.* 10. *Argentina.* 11. *Brasil.* 12. *Colombia.* 13. *Costa Rica.* 14. *Cuba.* 15. *Chile.* 16. *Ecuador.* 17. *El Salvador.* 18. *Honduras.* 19. *Panamá.* 20. *Perú.* 21. *República Dominicana.* 22. *Uruguay.* 23. *Venezuela.* 24. *México.* 25. *Proyecto brasileño.* 26. *Proyecto venezolano.* 27. *Restatement of the Law.*

9. Consideraciones preliminares

Asienta el jurista brasileño Haroldo Valladao²⁴ que los legisladores no se apegaron con rigor a sistemas, no se afilaron a teorías y no siguieron intransigentemente determinadas orientaciones doctrinales. Manifiesta que atendieron de preferencia, a las propias tradiciones, a las necesidades y conveniencias de sus pueblos.

Por su parte, Derruppe²⁵ alude a la influencia que corresponde al Derecho Interno aun en el caso de que se proceda a la codificación internacional. Expresa que los conceptos, las construcciones jurídicas, los métodos de razonamientos propios de cada país inciden en la formación de las reglas de solución de conflicto.

Sabemos nosotros de la importancia que debe concedérsele a la legislación interna de los Estados ya que ella marca la tendencia que se ha aceptado para la solución de los conflictos internacionales de leyes en lo que atañe al régimen interior de los países. Ignorar las inclinaciones nacionales puede propiciar un rechazo de la propuesta norma a nivel internacional, ya sea en el momento de la aprobación mediante una votación contraria, ya sea en el momento de contraer el compromiso con reservas generales o específicas.

Tenemos conciencia de que es muy arriesgado pretender incursionar en el Derecho interno de los países distintos al propio, pues, la difusión de normas jurídicas hacia el exterior siempre resulta precaria, independientemente de que puede haber vicios de información que llevan a un conocimiento deformado e incompleto. Incluso, se llega a dar el caso de que, aún respecto del

²⁴ *Direito Internacional Privado*, tomo I, Biblioteca Universitaria Freitas Bastos, Rio de Janeiro 1968, p. 135.

²⁵ *Op. cit.*, 52.

Derecho propio, la dispersión de preceptos y la falta de técnica legislativa a veces llevan a un conocimiento precario del Derecho nacional.

En virtud de lo anterior, invocamos la benevolencia de los juristas de los hermanos países de América, para el supuesto no remoto de que involuntariamente presentemos una imagen deformada o incompleta de sus normas generales internas de solución de los conflictos internacionales de leyes.

Para concluir este apartado sólo queremos reiterar que existe consenso en el sentido de que la codificación a nivel interamericano requerirá el conocimiento, por lo menos elemental, del Derecho patrio de los posibles Estados suscriptores.

10. *Argentina*

El Código Civil de la Argentina inició su vigencia desde el 1o. de enero de 1871.

En el artículo 1o. podría afirmarse la existencia de un marcado corte territorialista:

“Artículo 1o. Las leyes son obligatorias para todos los que habitan el territorio de la República, sean ciudadanos o extranjeros, domiciliados o transeúntes.”

Tal parece que la simple residencia hasta esporádicamente implica sumisión a las leyes argentinas, al utilizar la expresión “transeúntes”.

El artículo 6o. se refiere a la capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas en el territorio de la República, sean nacionales o extranjeras y se establece que será juzgada esa capacidad por las leyes del Código Civil argentino, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en país extranjero.

En plena congruencia con el artículo 6o., el artículo 7o., determina que la capacidad o incapacidad de las personas domiciliadas fuera del territorio de la República, será juzgada por las leyes de su respectivo domicilio, aun cuando se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en la República.

En lo relativo a los derechos adquiridos, el artículo 8o. establece:

“Los actos, los contratos hechos y los derechos adquiridos fuera del lugar del domicilio de la persona, son regidos por las leyes del lugar en que se han verificado; pero no tendrán ejecución en la República, respecto de los bienes situados en el territorio, si no son conformes a las leyes del país, que regulan la capacidad, estado y condición de las personas.”

En cuanto a bienes, el artículo 10 determina:

“Los bienes raíces situados en la República son exclusivamente regidos por las leyes del país, respecto a su calidad de tales, o los derechos de las partes a la capacidad de adquirirlos, a los modos de transferirlos, y a las solemnidades que deben acompañar esos actos. El título, por lo tanto, a una propiedad raíz, sólo puede ser adquirido, transferido o perdido de conformidad con las leyes de la República.”

"Artículo 11. Los bienes muebles que tienen situación permanente y que se conservan sin intención de transportarlos, son regidos por las leyes del lugar en que están situados; pero los muebles que el propietario lleva siempre consigo, o que son de su uso personal, esté o no en su domicilio, como también los que se tienen para ser vendidos o transportados a otro lugar, son regidos por las leyes del domicilio del dueño."

Por lo que hace a la forma de los actos, dispone el artículo 12:

"Las formas y solemnidades de los contratos y de todo instrumento público, son regidas por las leyes del país donde se hubieren otorgado."

Sobre la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptuándose las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas, o en virtud de ley especial."

Acerca de excepciones a la aplicación de leyes, dispone el artículo 14:

"Las leyes extranjeras no serán aplicables:

"1. Cuando su publicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o la moral y buenas costumbres;

"2. Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este código.

"3. Cuando fueren de mero privilegio;

"4. Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras fuesen más favorables a la validez de los actos."

En cuanto al fraude a la ley, determina el artículo 1207:

"Los contratos hechos en país extranjero para violar las leyes de la República, son de ningún valor en el territorio del Estado, aunque no fuesen prohibidos en el lugar en que se hubiesen celebrado."

"El precepto transcrito se complementa con el artículo 1208:

"Los contratos hechos en la República para violar los derechos y las leyes de una nación extranjera, no tendrán efecto alguno."

Respecto de la ejecución de contratos, determina el artículo 1208:

"Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deben ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros."

En congruencia con el precepto anterior, el artículo 1210 expresa:

"Los contratos celebrados en la República para tener su cumplimiento fuera de ella, serán juzgados, en cuanto a su validez, su naturaleza y obligaciones, por las leyes y usos del país en que debieron ser cumplidos, sean los contratantes nacionales o extranjeros."

Comenta el jurista argentino Alberto Lazcano²⁶ que los artículos 6, 7 y 948

²⁶ LAZCANO, Carlos Alberto, *Derecho Internacional Privado*, La Plata, Editorial Platense, 1965, p. 187.

del Código argentino disponen que la capacidad o incapacidad de las personas será regida por la ley domiciliaria y que Argentina ha ratificado los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940 que consagran el principio del domicilio.

11 *Brasil*

En el Brasil, a partir del 24 de octubre de 1942 se encuentra vigente la Ley de Introducción al Código Civil, que es el ordenamiento que contiene las reglas conflictuales.

“Artículo 1o. Salvo disposición contraria, la ley comienza la vigencia en todo el país 45 días después de oficialmente publicada.”

“§ 1o. En los Estados extranjeros, la obligatoriedad de la ley brasileña cuando es admitida, se inicia tres meses después de oficialmente publicada.”

La ley en estudio, adopta el sistema del domicilio:

“Artículo 7o. La ley del país en que fuera domiciliada la persona determina las reglas sobre el comienzo o el fin de la personalidad, el nombre, la capacidad y los derechos de familia.”

El apartado 8o. de este mismo artículo 7o. determina que cuando la persona no tiene domicilio, se considera domiciliada en el lugar de su residencia o en aquel en que se encuentre.”

Obsérvese que, a falta de domicilio, se adoptan los puntos de conexión: residencia habitual y esporádica, ésta última equivale al lugar en que la persona se encuentra.

Sobre los bienes tiene plena aplicación el principio de “lex rei sitae”:

“Artículo 8o. Para calificar los bienes y regular las relaciones a ellos concernientes, se aplicará la ley del país en que estuvieren situados:

“§ 1o. Se aplicará la ley del país en que fuere domiciliado el propietario, en cuanto a los bienes muebles que el trajere, o se destinaren al transporte para otros lugares.

“§ 2o. La prenda se regula por la ley del domicilio que tiene la persona en cuya posesión se encuentra la cosa pignorada.”

En lo referente a las obligaciones:

“Artículo 9o. Para calificar y regir las obligaciones, se aplicará la ley del país en que se contribuyeren.

“§ 1o. Destinándose la obligación a ser ejecutada en el Brasil y dependiendo de forma especial, será esta observada, admitidas las peculiaridades de la ley extranjera en cuanto a los requisitos extrínsecos del acto.

“§ 2o. La obligación resultante del contrato se reputa constituida en el lugar en que reside el proponente.”

Respecto a la ley aplicable en materia de personas jurídicas establece:

“Artículo 11. Las organizaciones destinadas a fines de interés colectivo, como las sociedades y las fundaciones, obedecen a la ley del Estado en que se constituyeren.

“§ 1o. No podrán, entretanto, tener en el Brasil filiales, agencias o establecimientos antes de ser aprobados los actos constitutivos por el Gobierno brasileño, quedando sujetas a la ley brasileña.

“§ 2o. Los gobiernos extranjeros, bien como las organizaciones de cualquier naturaleza que ellas tengan constituido, dirijan o hayan investido de funciones públicas, no podrán adquirir en el Brasil bienes inmuebles o susceptibles de expropiación.

“§ 3o. Los gobiernos extranjeros pueden adquirir la propiedad de los predios necesarios para la sede de los representantes diplomáticos o de los agentes consulares.”

Se consagra el orden público en los siguientes términos:

“Artículo 17. Las leyes, actos y sentencias, de otro país, bien como cualquier declaraciones de voluntad, no tendrán eficacia en el Brasil, cuando ofendieren la soberanía nacional, el orden público y las buenas costumbres.”

Respecto a reenvío, se desecha conforme al dispositivo que se transcribe:

“Artículo 16. Cuando, en los términos de los artículos precedentes, se haya de aplicar la ley extranjera se estará a esta disposición, sin considerar cualquier remisión por ella hecha a otra ley.”

Acerca de la posibilidad de realizar actos auténticos en el extranjero, se determina:

“Artículo 18. Tratándose de brasileños, son competentes las autoridades consulares brasileñas para ellas celebrar el matrimonio y los demás actos del Registro Civil o de notariado, inclusive el registro de nacimiento y de defunción de los hijos de brasileño o brasileña nacido en el país de la sede del Consulado.”²⁷

12. Colombia

El Código Civil de Colombia fue sancionado el 26 de mayo de 1873, e inició su vigencia noventa días después de la fecha de sanción.

El sistema territorial se destaca en el artículo 18:

“La ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia.

“Las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes; salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos.”

Se establece una aplicación extraterritorial de la ley colombiana para los colombianos:

“Artículo 19. Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

²⁷ Las disposiciones relativas a Brasil fueron tomadas de la obra de Haroldo VALLADAO, *Derecho Internacional Privado*, Material de Clase, Op. cit.,

"1. En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en algunos de los territorios administrados por el Gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

"2. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior."

Sobre bienes se determina lo siguiente:

"Artículo 20. Los bienes situados en los territorios, y aquellos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho a la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia. Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.

"Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este Código y demás leyes civiles de la Unión."

Respecto a la forma de los actos:

"Artículo 21. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial de la Unión."

"La forma se refiere a las solemnidades externas, a la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese.

"Artículo 22. En los casos en que los códigos o las leyes de la Unión exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto de asuntos de la competencia de la Unión, no valdrán las escrituras privadas cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas."

El jurista colombiano José Joaquín Caicedo Castilla²⁸ resume las normas del Derecho colombiano, de las cuales nosotros tomaremos lo relativo a las normas generales del Derecho Internacional Privado:

"a) La ley obliga a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes, salvo respecto de estos los derechos concedidos por los tratados públicos.

"b) El tratado con el Ecuador estipula que el estado y la capacidad jurídica de las personas se rigen por la ley nacional.

"c) El tratado de Montevideo de 1889, ratificado por Colombia, establece que la capacidad de las personas se rige por la ley del domicilio.

"e) Los colombianos residentes o domiciliados en el exterior quedan sujetos a las leyes colombianas: 1) en lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en Colombia; 2) en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero solo

²⁸ *Derecho Internacional Privado, 6ª Edición, Editorial Temis, Bogota, 1967 pp. 302 a 305.*

respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior.

"i) Respecto de los bienes, el artículo 20 del Código Civil expresa que los situados o que se encuentren en Colombia quedan sujetos a la ley local, aun cuando los dueños sean extranjeros y residan fuera del país.

"La disposición es amplia, y al hablar de bienes que se encuentran en Colombia, claramente indica que comprende tanto los muebles como los inmuebles.

"Los dos incisos finales del art.20 han dado lugar a algunas dificultades de interpretación. El inc. 2o. dice que la norma del inc. 1o. se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos válidamente celebrados en país extranjero. El tercero, que "los efectos de dichos contratos para cumplirse en algún territorio (en Colombia) o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la nación, se arreglarán a ese Código y demás leyes civiles de la Unión (Colombia).

"Se ha observado, con razón, que el artículo presenta el inconveniente de acumular en una sola disposición legislativa tres principios diversos: en el primer inciso, el estatuto real; en el segundo, la efectividad extraterritorial de los contratos, y en el tercero, la ejecución de los contratos en el país. . .

"j) La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar del otorgamiento. Pero en los casos en que las leyes colombianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Colombia, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de estas en el país en que hubieran sido otorgadas. En realidad, la excepción priva de su importancia al principio general. Lo que se impone entre nosotros es adoptar como norma general la regla *locus regit actum*, o sea el imperio de la ley local por lo que hace a las formalidades externas.

"k) Los instrumentos públicos y los documentos privados extendidos en país extranjero, de que se quiera hacer uso en Colombia, deben estar autenticados por el respectivo agente consular o diplomático de la República, o en su defecto, por el de una nación amiga, lo cual hace presumir que se conforman a la ley lugar de su otorgamiento."

13. Costa Rica

El Código Civil de Costa Rica fue promulgado el 26 de abril de 1886.

En el artículo 2o. se consagra una tendencia territorialista:

"Artículo 2. Las leyes en que esté interesado el orden público, obliga a los habitantes y aun a los transeúntes en el territorio de Costa Rica."

Sobre estado civil y capacidad determina el Código a estudio:

"Artículo 3. Las leyes de la República concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los costarricenses para todo acto jurídico sea el país donde se ejecute o celebre el acto o contrato; y obligan también a los extranjeros, respecto de los actos que se ejecuten o contratos que se celebren y hayan de ejecutarse en Costa Rica."

En cuanto a bienes:

“Artículo 4. Las leyes costarricenses rigen los bienes inmuebles situados en la República, aunque pertenezcan a extranjeros, ya se consideren dichos bienes aisladamente en sí mismos, ya con relación a los derechos del propietario como parte de una herencia o de otra universalidad.

“Artículo 5. Los bienes muebles pertenecientes a los costarricenses o extranjeros domiciliados en la República, se regirán como los inmuebles situados en Costa Rica; pero los muebles que pertenezcan a extranjeros no domiciliados en la República, sólo se rigen por las leyes cuando se les considera aisladamente en sí mismos.”

Respecto de obligaciones:

“Artículo 6. La prescripción y todo lo que concierne al modo de cumplir o extinguir las obligaciones que resulten de cualquier acto jurídico o contrato que haya de ejecutarse en Costa Rica, se regirá por las leyes costarricenses, aunque los otorgantes sean extranjeros, y aunque el acto o contrato no se haya ejecutado o celebrado en la República.”

“Artículo 7. Para la interpretación de un contrato y para fijar los efectos mediatos o inmediatos que de él resulten, se atenderá a las leyes del lugar donde se hubiere celebrado el contrato; pero si los contratantes tuvieran una misma nacionalidad se atenderá a las leyes de su país.

“En los testamentos, se atenderá a las leyes del país donde tuviere su domicilio el testador.

“Respecto de matrimonio, se atenderá a las leyes del lugar donde hubieren convenido en establecerse los cónyuges; y a falta de ese convenio, a la del país donde tenga su domicilio el marido.”

En lo que atañe a la forma de los actos:

“Artículo 8o. En cuanto a la forma y solemnidades externas de un contrato o de un acto jurídico que debe tener efecto en Costa Rica, el otorgante u otorgantes pueden sujetarse a las leyes costarricenses o a las del país donde el acto o contrato se ejecute o celebre.

“Para los casos en que las leyes de Costa Rica, exigieren instrumento público, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país donde se hubieren otorgado.”

Respecto a los derechos adquiridos:

“Artículo 9o. El matrimonio contraído fuera de Costa Rica por extranjeros, con arreglo a las leyes del país en que se celebre, surtirá todos los efectos civiles del matrimonio legítimo, siempre que no esté comprendido en los matrimonios que son legalmente imposibles.”

14. Cuba

El Código Civil de Cuba es de 11 de mayo de 1888, se hizo extensivo a Cuba por R.D. de 31 de julio de 1889.

El artículo 8o. establece que las leyes penales, las de policía y las de seguri-

dad pública, obligan a todos los que habiten en territorio cubano.

El artículo 9o. establece:

"Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los cubanos aunque residan en país extranjero.

Por lo que hace a bienes:

"Artículo 10. Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles a las leyes del país en que están sitos.

"Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de sus bienes y el país en que se encuentre."

En lo que se refiere a forma de los actos:

"Artículo 11. Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos, se rigen por las leyes del país en que se otorguen.

"Cuando los actos referidos sean autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares de Cuba en el extranjero, se observarán en su otorgamiento las solemnidades establecidas por las leyes cubanas.

"No obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones dictadas en el extranjero."

Por su parte, la Constitución Política de Cuba que inició su vigencia el 10 de octubre de 1940, establece en el artículo 19 lo siguiente:

"Los extranjeros residentes en el territorio de la República se equiparan a los cubanos:

"d) En la obligación de observar la Constitución y la Ley."

15. Chile

En relación con el Código Bustamante, Chile hizo la reserva de que, ante el Derecho chileno, y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera los preceptos de la legislación actual o futura de Chile prevalecerán sobre dicho Código, en caso de desacuerdo entre unos y otros.

El Código Civil de Chile de 1855 establece las siguientes normas generales:

"Artículo 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros."

Para los chilenos residentes en el extranjero establece el artículo 15:

"Artículo 15. A las leyes patrias que reglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los chilenos, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero:

"1o. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar actos, que hayan de tener efecto en Chile;

"2o. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia pero solo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos."

En cuanto a bienes:

"Artículo 16. Los bienes situados en Chile están sujetos a las leyes chilenas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Chile.

"Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en el país extraño. Pero los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile, se arreglarán a las leyes chilenas."

Respecto a forma de los actos:

"Artículo 17. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Enjuiciamiento.

"La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese."

"Artículo 18. En los casos en que las leyes chilenas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Chile no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas."

Sobre el Código chileno de 1855, en vigor desde 1857, y concretamente respecto del artículo 14 transcrito, el jurista brasileño Haroldo Valladao indica que interpretando en el sentido más amplio posible, comprende y sujeta a todas las personas, nacionales y extranjeras, domiciliadas, residentes o de paso, todas las leyes personales, reales o mixtas, todos los actos y contratos.²⁹

16. Ecuador

El Código Civil de Ecuador es sumamente territorialista en su artículo 13:

"La ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a personas alguna."

Concretamente, respecto a ecuatorianos, regula:

"Artículo 14. Los ecuatorianos, aunque residan o se hallen domiciliados en lugar extraño, están sujetos a las leyes de su patria;

"1. En todo lo relativo al estado de las personas y a la capacidad que tienen para ejecutar ciertos actos, con tal que éstos deban verificarse en el Ecuador;

"2. En los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia pero sólo respecto de su cónyuge y parientes ecuatorianos."

En lo que atañe a bienes:

"Artículo 15. Los bienes situados en el Ecuador están sujetos a las leyes ecuatorianas aunque sus dueños sean extranjeros y residan en otra nación.

²⁹ Véase a VALLADAO, Haroldo, *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Op. cit., p. 154.

"Esta disposición no limita la facultad que tiene el dueño de tales bienes para celebrar, acerca de ellos, contratos válidos en nación extranjera.

"Pero los efectos de estos contratos, hayan de cumplirse en el Ecuador se arreglarán a las leyes ecuatorianas."

Por lo que hace a la forma de los actos:

"Artículo 16. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del lugar en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

"La forma se refiere a las solemnidades externas, y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese."

"Artículo 17. En los casos en que las leyes ecuatorianas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y surtir efecto en el Ecuador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el lugar en que hubieren sido otorgadas."

17. República de El Salvador

El Código Civil inició su vigencia el 1o. de mayo de 1860, y en cuanto a conflictos de leyes, establece el mismo territorialismo que hemos encontrado en otros ordenamientos:

"Artículo 14. La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros."

"Artículo 15. A las leyes patrias que arreglan las obligaciones y derechos civiles, permanecerán sujetos los salvadoreños, no obstante su residencia o domicilio en país extranjero;

"1o. En lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos, que hayan de tener efecto en El Salvador;

"2o. En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes salvadoreños."

Respecto a bienes:

"Artículo 16. Los bienes situados en El Salvador están sujetos a las leyes salvadoreñas, aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en El Salvador.

"Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extraño.

"Pero los efectos de los contratos en país extraño, para cumplirse en El Salvador, se arreglarán a las leyes salvadoreñas."

Por cuanto a forma de los actos:

"Artículo 17. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el Código de Procedimientos.

"La forma se refiere a las solemnidades externas; y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en los tales instrumentos se exprese."

“Artículo 18. En los casos en que las leyes salvadoreñas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en El Salvador, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.”

El jurista peruano, Manuel García Calderón³⁰ alude a la existencia de sistemas mixtos como sucede en el Código Civil chileno, seguido, con mayor o menor fidelidad, por Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador y Panamá. Indica que la ley chilena de 1855, redactada por Andrés Bello, adoptó en forma modificada las disposiciones del Código austríaco de 1811. Agrega que mientras la ley territorial se aplica a todos los habitantes del país, la ley nacional es la que gobierna a los nacionales residentes en el extranjero en lo concerniente a su capacidad en cuanto a ciertas transacciones que hayan de producir sus efectos en el país, y con respecto a relaciones de familia. Considera el jurista en consulta que “en realidad este sistema significa la expansión de la propia ley nacional y la combinación de dos principios opuestos.”

18. Honduras

El Código Civil de Honduras se promulgó el 10. de mayo de 1906 y se inició su vigencia en la misma fecha.

Establece la gran territorialidad en el artículo 12:

La ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros.”

A los hondureños, en el extranjero, los sujeta a su ley nacional:

“Artículo 13. Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los hondureños aunque residan en país extranjero.”

En lo que atañe a los bienes:

“Artículo 14. Los bienes situados en Honduras están sujetos las leyes hondureñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Honduras:

“Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en el extranjero.

“Pero los efectos de los contratos celebrados en país extraño para cumplirse en Honduras, se arreglarán a las leyes hondureñas.”

Respecto a forma de los actos:

Artículo 15. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se expresa.

Artículo 16. En los casos en que las leyes hondureñas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Honduras, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.”

Acerca de la aplicación de leyes extranjeras:

³⁰ *Op. cit.*, p. 160.

Artículo 2370. La aplicación de leyes extranjeras en los casos en que este Código la autoriza, no tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptuándose las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República en virtud de tratado o por ley especial."

Se consagra expresamente el orden público:

"Artículo 2372. Las leyes extranjeras no serán aplicadas cuando su aplicación se oponga al Derecho Público hondureño, a la moral o a las buenas costumbres."

19. Panamá

El Código Civil de Panamá inició su vigencia el 10. de octubre de 1917. Contiene las normas conflictuales siguientes:

"Artículo 10. La ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros, residentes transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, la ignorancia de ella no sirve de excusa."

"Artículo 50. Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros."

Respecto a bienes:

"Artículo 60. Los bienes situados en Panamá están sujetos a las leyes panameñas aunque sus dueños sean extranjeros y no residan en Panamá.

"Esta disposición se entendera sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos otorgados válidamente en país extranjero.

"Pero los efectos de los contratos otorgados en país extranjero para cumplirse en Panamá, se arreglarán a las leyes panameñas."

En cuanto a la forma:

"Artículo 7. La forma y las solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se determinan por la ley del país en que se otorgan; a menos que tratándose de actos o contratos que hayan de cumplirse o surtir efectos en Panamá los otorgantes prefieran sujetarse a la ley panameña. Pero en todo caso, la autenticidad de tales instrumentos, actos o contratos se probará según las reglas establecidas en el Código Judicial. La forma se refiere a las formalidades externas y la autenticidad al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese."

"Artículo 8. En los casos en que las leyes panameñas exigieren instrumentos públicos para pruebas que han de rendirse y producir efecto en Panamá, no valdrán las escrituras privadas, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas."

20. Perú

El Código Civil de Perú inició su vigencia en el año de 1936 y presenta las siguientes normas generales de Derecho Internacional Privado:

“Artículo V. El estado y la capacidad civil de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley peruana cuando se trata de peruanos.

“Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges así como el régimen de los bienes de éstos.”

“Artículo VI. Los bienes, cualquiera que sea su clase, están regidos por la ley de su situación.”

“Artículo VII. La naturaleza y efectos de la obligación se rigen por la ley del lugar donde fuere contraída.”

“Artículo VIII. La sucesión, en lo concerniente a los derechos de los herederos y a la validez intrínseca el testamento, se rige por la ley personal del causante, salvo las disposiciones de la ley peruana, que se aplicarán a los nacionales, a los extranjeros domiciliados, y cuando se trate de la herencia vacante.”

“Artículo IX. La existencia y capacidad civil de las personas jurídicas extranjeras, de derecho privado, se rigen por ley del país en el cual se han constituido.

“La capacidad de las personas jurídicas extranjeras nunca podrá ser contraria al orden público ni más extensa que la concedida a los nacionales.”

“Artículo X. Las leyes extranjeras no son aplicables, cuando son contrarias al orden público o a las buenas costumbres.”

“Artículo XI. Las partes litigantes pueden ofrecer las pruebas que tengan por conveniente sobre la existencia de la ley extranjera y su sentido, pero si la actuación de la prueba corresponde al Juez, éste puede negar o restringir los medios que no considere idóneos.”

“Artículo XIV. Ningún habitante del Perú puede eximirse de las obligaciones contraídas en la República conforme a las leyes.”

“Artículo XVI. El derecho de propiedad y los demás derechos civiles son comunes y peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que por motivo de necesidad nacional se establezcan para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras.”

“Artículo XVII. Tanto los peruanos como los extranjeros domiciliados en el Perú, donde quiera que se hallen, pueden ser citados ante los Tribunales de la República para el cumplimiento de los contratos celebrados con peruanos o extranjero domiciliado en Perú.”

“Artículo XVIII. El extranjero que se halle en el Perú, aunque no sea domiciliado, puede ser obligado al cumplimiento de los contratos celebrados con peruano, aun en país extranjero, sobre objetos que no estén prohibidos por las leyes de la República.”

“Artículo XIX. Los residentes en el extranjero, estén o no domiciliados en la República, pueden ser demandados:

“1. Cuando se les exija el cumplimiento de obligaciones que hayan contraído o que deban ejecutarse en el Perú;

“2. Cuando se entable acción real concerniente a bienes ubicados en la República;

"3. Cuando se ha estipulado que los tribunales del Perú decidan la controversia.

"Artículo XX. La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rigen por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana."

"Artículo 1824. Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores.

Cabe hacer la aclaración que los preceptos señalados con números romanos se hallan ubicados en un título preliminar del Código Civil, similar a como ocurre en Grecia, Brasil y Venezuela y no como sucede en otros países, en los cuales las reglas del Derecho Internacional Privado se encuentran localizadas en la ley de introducción al Código Civil, como ha sucedido en Alemania, China, Japón y Polonia. Así lo advierte el jurista peruano Manuel García Calderón K³¹

21. República Dominicana

Conviene citar del Código Civil de la República Dominicana las siguientes normas generales del Derecho Internacional Privado.

"Artículo 3. Las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los habitantes del territorio.

"Los bienes inmuebles, aunque sean poseídos por extranjeros, están regidos por la ley dominicana.

"Las leyes que se refieren al estado y capacidad de las personas, obligan a todos los dominicanos, aunque residan en país extranjero."

"Artículo 14. El extranjero, aunque no reside en la República, podrá ser citado ante los tribunales de ella, para la ejecución de las obligaciones contraídas por él en la República y con un dominicano; podrá ser llevado a los tribunales en lo que se refiere a las obligaciones contraídas en país extranjero respecto de dominicanos."

"Artículo 15. Un dominicano podrá ser citado ante un tribunal de la República, por causa de obligaciones por él mismo contraídas en país extranjero y aun con extranjeros."

"Artículo 47. Los actos del estado civil de un dominicano y un extranjero, hechos en país extranjero, se tendrán por fehacientes, si han sido autorizados con las formalidades que prescriben las leyes de aquel país."

"Artículo 48. Los actos del estado civil de los dominicanos, otorgados en país extranjero, serán válidos, si han sido autorizados por los agentes diplomáticos o consulares de la República conforme a las leyes dominicanas."

³¹ *Idem*, p. 32.

22. Uruguay

El Código Civil de Uruguay inició su vigencia el 1o. de enero de 1869 y, según el Informe de la Comisión Revisora de 1867, fueron sus antecedentes los Códigos de Europa, los de América, y con especialidad el justamente elogiado de Chile, lo más sabidos comentaristas del Código Napoleón, el proyecto del doctor Acevedo, el del señor Goyena, el del señor Freitas, el del doctor Vélez Sársfield.

El artículo 3o. del Título Preliminar del Código Civil establece:

“Las leyes obligan indistintamente a todos los que habiten en el territorio de la República.”

Respecto a la forma de los actos:

“Artículo 6. La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados.

“En los casos en que las leyes orientales exigieren instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efecto en la República, no valdrán las escrituras, cualquiera que sea la fuerza de éstas en el país en que hubieren sido otorgadas.”

Según nos informa Haroldo Valladao,³² la Ley número 10 084, de 5 de diciembre de 1941, revocó expresamente los artículos 4o. y 5o. del Código civil de 1868 y estableció nuevas reglas fundadas en el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo.

Estimamos útil, reproducir las siguientes normas generales de conflicto:

“Artículo 2393. El estado y la capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio.”

“Artículo 2394. La existencia y capacidad de la persona jurídica se rige por la ley del Estado en el cual ha sido reconocido como tal. Mas para el ejercicio habitual en el territorio nacional de actos comprometidos en el objeto especial de su institución se ajustará a las condiciones prescritas por nuestras leyes.”

“Artículo 2395. La ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo y la forma, existencia y validez del acto matrimonial.”

“Artículo 2396. La ley del domicilio matrimonial rige las relaciones personales de los cónyuges, la separación de cuerpos y el divorcio, y las de los padres con sus hijos.”

“Artículo 2397. Las relaciones de bienes entre los esposos se determina por la ley del Estado del primer domicilio matrimonial en todo lo que no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes, sobre materia de estricto carácter real.”

“Artículo 2398. Los bienes, cualquiera que sea su naturaleza, son exclusivamente regidos por la ley del lugar en que se encuentran, en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa, y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.”

³² *Derecho Internacional Privado*. Material de Clase. Op. cit., p. 270.

"Artículo 2399. Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas de interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889."

"Artículo 2400. La ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentada.

"Artículo 2401. Son competentes para conocer en los juicios a que dan lugar las relaciones jurídicas internacionales, los jueces del Estado a cuya ley corresponde el conocimiento de tales relaciones. Tratándose de acciones personales patrimoniales, éstas también pueden ser ejercidas, a opción del demandante, ante los jueces del país del domicilio del demandado."

"Artículo 2402. Las formas del procedimiento se rigen por la ley del lugar en que se radica el juicio."

"Artículo 2403. Las reglas de competencia legislativa y judicial determinadas en este Título no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Esta sólo podrá actuar dentro del margen que le confiera la ley competente."

"Artículo 2404. No se aplicarán en nuestro país, en ningún caso, las leyes extranjeras que se opongan a principios esenciales de orden público."

23. Venezuela

El Código de Venezuela, se promulgó el 13 de julio de 1942 y entró en vigor el 1º de octubre del mismo año. Presenta las siguientes normas generales iusprivatistas:

"Artículo 8. La autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras generales iusprivatistas:

"Artículo 9. Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en países extranjeros."

"Artículo 10. Los bienes muebles o inmuebles, situados en Venezuela, se regirán por las leyes venezolanas, aunque sobre ellos tengan o pretendan derechos personas extranjeras."

"Artículo 11. La forma y solemnidades de los actos jurídicos que se otorguen en el extranjero, aun las esenciales a su existencia, para que éstos surtan efectos en Venezuela, se rigen por las leyes del lugar donde se hacen. Si la ley venezolana exige instrumento público o privado para su prueba, tal requisito deberá cumplirse.

"Cuando el acto se otorge ante el funcionario competente de la República, deberá someterse a las leyes venezolanas.³⁵"

³⁵ Comenta PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *La Revisión del Código Bustamante*, Op. cit., p. 99, alrededor de la legislación Venezolana: "Respecto a la inclusión de Venezuela dentro de los países con régimen mixto cabe recordar que nuestro sistema según el certero decir del doctor Lorenzo Herrera Mendoza, "es preciso calificarlos de estatutario o territorialista y más de esto que

24. México

El Código para el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia federal, es de 1928 y entró en vigor en 1932. Comprende como normas generales del Derecho Internacional Privado las Sigüientes:

“Artículo 12. Las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeúntes.³⁴

“Artículo 13. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados en el extranjero, que deban ser ejecutados en el territorio de la República, se regirán por las disposiciones de este Código.”

“Artículo 14. Los bienes inmuebles, sitios en el Distrito Federal, y los bienes muebles que en él se encuentre, se regirán por las disposiciones de este Código, aun cuando los dueños sean extranjeros.”

“Artículo 15. Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se regirán por las leyes del lugar donde pasen. Sin embargo, los mexicanos o extranjeros residentes fuera del Distrito Federal, quedan en libertad de sujetarse a las formas prescritas por este Código cuando el acto haya de tener ejecución en las mencionadas demarcaciones.”

“Acerca de estipulaciones contractuales, cabe citar los siguientes preceptos:

“Artículo 1839. “Los contratantes pueden poner las cláusulas que crean convenientes; pero las que se refieren a requisitos esenciales del contrato o sean consecuencia de su naturaleza ordinaria, se tendrán por puestas aunque no se expresen, a no ser que las segundas sean renunciables en los casos y términos permitidos por la ley.”

“Artículo 60. La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla. Sólo pueden reunirse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.”

“Artículo 80. Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibidas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.”

Respecto al estado civil de las personas:

“Artículo 35. En el Distrito Federal estará a cargo de los oficiales del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas a

de aquello, o más claramente expresado, es territorialista, con vestidura estatutaria”, conclusión derivada no de las normas vigentes, que atribuyen competencia de principio a la ley de la nacionalidad en materia de estado y capacidad de las personas (Arts. 9 y 26 del Código Civil), sino a reiteradas interpretaciones de nuestros juristas y de nuestros tribunales y también por las interpretaciones recientes de nuestra cancillería y del Congreso General.

³⁴ Este precepto ha sido motivo de abundantes comentarios en la doctrina mexicana. Véase a Enrique HELGUERA, *Op. cit.*, pp. 397 a 401; véase a José Luis SIQUEIROS, *Síntesis de Derecho Internacional Privado*, 2ª Edición, Universidad Nacional Autónoma de México, 1974, Editorial Porrúa.

nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonio, divorcio, tutela, emancipación y muerte de los mexicanos y extranjeros residentes en la demarcación mencionada; así como inscribir las ejecutorias que declaren la ausencia, la presunción de muerte o que se ha perdido la capacidad legal para administrar bienes."

"Artículo 51. Para establecer el estado civil, adquirido por los mexicanos fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, siempre que se registrèn en la oficina respectiva del Distrito Federal."

"Artículo 161. Tratándose de mexicanos que se casen en el extranjero, dentro de tres meses de llegada a la República se transcribirá el acta de la celebración del matrimonio en el Registro Civil del lugar en que se domicilien los consortes.

"Si la transcripción se hace dentro de esos tres meses, sus efectos civiles a la fecha en que se celebró el matrimonio; si se hace después, sólo producirá efectos desde el día en que se hizo la transcripción."

En lo que atañe a domicilio de extranjeros y por lo que se refiere a divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros, establece el artículo 35 de la Ley de Nacionalidad y Naturalización:

"Los extranjeros, sin perder su nacionalidad, pueden domiciliarse en la República, para todos los efectos legales, de acuerdo con las siguientes normas:

"I. La adquisición, cambio o pérdida del domicilio de los extranjeros se regirá únicamente por las disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal, en materia común, y para toda la República en materia federal.

"II. La competencia, por razón del territorio, no será prorrogable, en ningún caso, en los juicios de divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros.

"III. Ninguna autoridad judicial o administrativa dará trámite al divorcio o nulidad de matrimonio de los extranjeros, si no se acompaña la certificación que expida la Secretaría de Gobernación de su legal residencia en el país y de que sus condiciones y calidad migratoria les permite realizar tal acto."

En lo referente a la existencia y capacidad de las personas jurídicas extranjeras, establecen los artículos 250 y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles:

"Artículo 250. Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República."

"Artículo 251. Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro."

"La inscripción sólo se efectuará mediante autorización de la Secretaría de la Economía Nacional, que será otorgada cuando se cumplan los siguientes requisitos:

"I. Comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado del que sean nacionales, para lo cual se exhibirá copia auténtica del contrato social y demás documentos relativos a su constitución, y un certificado de es-

tar constituidas y autorizadas conforme a las leyes, expedido por el representante diplomático o consular que en dicho Estado tenga la República;

"II. Que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas;

"III. Que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal.

"Las Sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación, visado por un contador público titulado."

En materia de reenvío:

La legislación mexicana era omisa en materia de reenvío, hasta que, por Diario Oficial de 22 de diciembre de 1975, se adicionó la Ley de Navegación y Comercio Marítimos para establecer en el artículo 3o.

"Si de acuerdo con las leyes del Estado Extranjero, declaradas competentes por las leyes nacionales, ha lugar para aplicar las leyes mexicanas serán éstas las que deben aplicarse".

En lo que hace a calificación:

También era omisa la legislación mexicana en lo que se refiere a conflictos de calificación, hasta que se emitió el artículo 3o. reformado de la Ley de Navegación y Comercio que en la parte relativa establece: que las calificaciones necesarias para la resolución de los conflictos de leyes, serán las determinadas por la ley mexicana, salvo el caso en que, conforme a las disposiciones mexicanas, el conflicto haya sido resuelto por la aplicación de la ley extranjera.

Respecto al orden público:

Aunque en la legislación mexicana sí hay diversas disposiciones consagradoras del orden público, cabe reproducir el dispositivo relativo de la Ley de Navegación y Comercio Marítimo (Artículo 3o., quinto párrafo), en cuanto a que se refiere típicamente al orden público que opera en el Derecho Internacional Privado:

"Son inaplicables en México, todas las disposiciones de las legislaciones extranjeras que contravengan el orden público, tal cual sea calificado en México."

En lo que hace al fraude a la ley:

El sexto párrafo del artículo 3o. reformado de la Ley de Navegación y Comercio marítimos determina:

"Nadie puede prevalecerse de una situación jurídica creada en virtud de la aplicación de una ley extranjera, con fraude a la ley mexicana."

25. Proyecto brasileño

El ilustre jurista brasileño Haroldo Valladao, formuló un Anteproyecto oficial de reforma de la Ley de Introducción al Código Civil brasileño, denominado "Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas."⁵⁵

⁵⁵ Véase su texto íntegro en *Derecho Internacional Privado*, Material de Clase, Op. cit., pp 104 a 133.

Con base en el anterior Anteproyecto la Comisión Revisora designada al efecto, de la que formó parte como Relator el citado jurista, aprobó el "Proyecto de Código de Aplicación de las Normas Jurídicas"³⁶ al que nos referimos en este apartado, con circunscripción a las normas que juzgamos generales del Derecho Internacional Privado.

Sobre la vigencia especial y personal, establece el artículo 2o:

"La ley obliga en todo el espacio correspondiente al territorio brasileño, inclusive en su plataforma submarina, a nacionales y extranjeros y, además, en el exterior, hasta donde fue prescrita o admitida su extraterritorialidad.

"§ 1o. Se consideran como territorio brasileño el navío y la aeronave brasileños, si militares, donde quiera que se encuentren, y, si de otra especie, en alta mar o en territorio que no pertenezca a ningún Estado.

"§ 2o. Se considera en territorio brasileño cualquier navío o aeronave, no militar, en él navegando, anclados o en él posado.

"§ 3o. Se reputan practicados en Brasil los actos iniciados en territorio extranjero que produjeren o vinieren a producir efectos en el territorio nacional. Si los actos partieren del territorio brasileño y produjeren sus consecuencias en territorio extranjero, serán acumulativamente del dominio de las leyes brasileñas y extranjeras.

"§ 4o. La aplicación de la ley brasileña podrá sufrir restricciones en virtud de inmunidad internacional asegurada en convenciones internacionales o en virtud de otros principios vigentes, internacionales o internos, de Derecho Internacional Privado."

En relación con la declaración de voluntad y el orden público, establece el artículo 13:

"No tendrá eficacia cualquier declaración de voluntad que ofenda a la soberanía nacional, el orden público, la moral y las buenas costumbres."

En el Capítulo III, denominado "Disposiciones del Derecho Internacional Privado", como principio fundamental, dice el artículo 17:

"Se aplican, de forma directa o indirecta, normas de derecho brasileño en el exterior y de derecho extranjero en el Brasil, en virtud de reglas de derecho internacional privado, que consten en esta o en otras normas jurídicas o que de actos de los particulares, unilaterales o plurilaterales, salvo si tales actos o las respectivas normas extrañas contraríen el orden público."

En el Capítulo III, referente a Disposiciones de Derecho Internacional Privado, bajo el subtítulo de Conflictos de Leyes sobre Nacionalidad y Domicilio, establecen los artículos 19 y 20 lo siguiente:

"Artículo 19. La ley de cada Estado dirá quien adquiere, pierde y readquiere la respectiva nacionalidad.

"§ 1o. Cuando se atribuye a la persona más de una nacionalidad, si una de ellas fuera brasileña, prevalecerá la del Brasil, y si las dos fueren extranjeras, la del Estado en que la persona tuviere domicilio, y en su falta, residencia habitual.

³⁶ *Idem*, pp. 143 a 164.

“§ 2o. Cuando la persona no tuviere nacionalidad y fuera el caso de aplicar la ley de ésta, se regirá subsidiariamente, por la ley del domicilio y, en la falta, por la de la residencia habitual.

“3o. Se aplicará el principio del párrafo anterior a las personas refugiadas.

“§ 4o. Se presume poseer la nacionalidad brasileña el menor encontrado en el territorio nacional, en cuanto no fuere probado que nació en el exterior.”

“Artículo 20. La constitución de un domicilio en el Brasil será rígida exclusivamente por la ley brasileña.

“§ 1o. Se considera domiciliado en territorio brasileño quien en él se fija con la intención de permanecer en definitiva, la cual se presume si reside por más de cinco años, salvo si fuere extranjero al servicio del gobierno de su país.

“§ 2o. Ese domicilio será siempre uno y, una vez constituido, se conserva por la simple intención, presumiéndose perpetuo; tal presunción cesará por el hecho unido a la intención, prefiriéndose, en la duda, la residencia habitual en el Brasil.

“§ 3o. Se considera domiciliado en el Brasil el incapaz si aquí lo fueren los respectivos poderes, tutores o curadores. Ese domicilio brasileño perdura si el incapaz continúa residiendo en el Brasil cuando aquel de quien depende se domiciliare en el exterior.

“§ 4o. La mujer casada adquiere domicilio en el Brasil en la forma dispuesta en los 1o. y 2o. de este artículo.

“§ 5o. Los brasileños al servicio del Brasil en el extranjero se consideran domiciliados en el Brasil.

“§ 6o. El agente diplomático del Brasil, en ejercicio en el exterior, podrá ser demandado en el Distrito Federal o en el lugar de su domicilio en el Brasil.

“§ 7o. Las personas jurídicas extranjeras adquieren domicilio en el Brasil si, autorizadas por el Gobierno Federal, transfieren su sede para el territorio nacional, y, además en el caso del 2o. del artículo 28.

“§ 8o. La fijación de domicilio especial para subordinar a la ley de un Estado cierto y determinado negocio se establece, mediante manifestación de voluntad, expresa o tácita, en los casos en que fuera admitida la autonomía de los interesados, sin abuso de derecho art. 12) u ofensa al orden público (arts. 13 y 80)”.

Complementariamente, con relación a domicilio, establece el artículo 21:

“El domicilio fuera de Brasil depende de la Ley Extranjera según la cual fue constituido. y, en el caso del conflicto entre dos o más leyes extranjeras, tendrá preferencia la del lugar en que la persona tuviere residencia habitual.

“Párrafo único. La persona que no tuviere domicilio en el Brasil (artículo 20) ni en el exterior (artículo 21) se considerará domiciliada en el lugar de la simple residencia o en aquel que se encuentre.”

En el mismo capítulo III, relativo a las disposiciones de Derecho Internacional Privado, se dedica un capítulo a la personalidad y a las incapacidades especiales de derecho que se integra con los artículos siguientes:

"Artículo 22. La existencia y el reconocimiento de la personalidad se rigen según el derecho brasileño."

"Artículo 23. Es obligatoria la inscripción en el Registro Civil Brasileño de todos los nacimientos y defunciones ocurridos en el territorio nacional, salvo el nacimiento de hijos de padres extranjeros al servicio del gobierno de su país.

"§ 1o. La inscripción, tratándose de brasileño o de hijo de brasileño, será hecha en el exterior, de preferencia por las autoridades consulares brasileñas, que remitirán dos certificados al Ministerio de Relaciones Exteriores, uno de los cuales será allí archivado y registrado, y la otra enviada para transcripción, de oficio, al archivo de la primera Oficina del Registro Civil de las personas naturales del domicilio del registrado, o se se halla en el exterior o si es desconocido, del Distrito Federal.

"§ 2o. Si el asiento del nacimiento o defunción hubiere sido tomado en el exterior ante las autoridades locales, será la respectiva certificación legalizada por la autoridad consular brasileña y transcrita, a pedido del interesado, según lo dispuesto en el parágrafo anterior."

"Artículo 24. Los derechos de la personalidad, inclusive el nombre, serán protegidos según el derecho brasileño."

"Artículo 25. Las incapacidades especiales de derechos se rigen según la ley reguladora de la substancia de los mismos derechos, si no contrarieren, manifiestamente, el orden público (Art. 80)."

Sobre las incapacidades de ejercicio, establece el proyecto de código que se analiza lo siguiente:

"Artículo 26. Las incapacidades por imposibilidad física o moral de ejercicio y dependencia de representación o asistencia necesarias se rigen según la ley del domicilio de la persona al tiempo del acto.

"§ 1o. No será nulo el acto de derecho de las obligaciones realizado en el Brasil si el agente fuera capaz por la ley brasileña.

"§ 2o. La persona que mude su domicilio para el Brasil se considerará capaz, si ya era por la ley domiciliaria anterior, y se tomará capaz si el viene a serlo por la ley brasileña."

Acerca de la protección social de los incapaces, establece el proyecto en estudio:

"Artículo 27. Las medidas de protección social de los incapaces serán establecidas, desde luego por las autoridades y según las leyes del país donde ellos se encuentren o donde están localizados los respectivos bienes.

"§ 1o. Tales autoridades comunicarán sus providencias a las del país del domicilio, de la residencia habitual o de la nacionalidad del incapaz, pudiendo, si la finalidad social de la protección de éste no opusiera, declinar su competencia en favor de las últimas y, si ellas no se acordaren, las del lugar más apto para la misma protección.

"§ 2o. Las autoridades consulares del Brasil tomarán las medidas necesarias a la protección social de los incapaces brasileños, procediendo, si fuere el caso, al repatriamiento."

Sobre la existencia y capacidad de las personas jurídicas establece el proyecto:

“Artículo 28. La existencia y la capacidad de las personas jurídicas extranjeras de derecho privado se rigen según la ley de su constitución.

“§ 1o. Tal capacidad no podrá exceder a las correspondientes personas jurídicas brasileñas.

“§ 2o. No podrán, entre tanto, funcionar en el Brasil por sí mismas, o por filiales, agencias o establecimientos que las representen sin la previa aprobación por el Gobierno Federal de sus actos constitutivos, quedando sujetas a las leyes y a los tribunales brasileños.”

“Artículo 29. La existencia y la capacidad de las personas jurídicas brasileñas se rige, siempre, según la ley brasileña.”

También en el capítulo III antes referido, existe un subtítulo dedicado a la forma extrínseca de los actos, los preceptos relativos determinan:

“Artículo 30. La forma extrínseca de los actos públicos o particulares se rigen según la ley del lugar en que se practicaren, si no fue observada la forma de la ley reguladora de la substancia del acto, la ley de la nacionalidad o del domicilio del declarante o la común a los dos contratantes.

“§ 1o. Los actos de derecho de las cosas sobre bienes en el Brasil serán siempre realizados en el territorio nacional de acuerdo con la ley brasileña.

“2o. No serán nulos en el Brasil, por defecto de forma intrínseca, los actos que serían válidos según la ley brasileña.

“§ 3o. Los actos públicos y particulares serán, en el Brasil escritos en lengua nacional, facultada, en el caso de su ignorancia por el declarante y por todos los contratantes, si fueren extranjeros, la redacción de los actos particulares en lengua extranjera. Cualesquiera actos redactados en lengua extranjera deberán, para tener efecto en el Brasil, ser previamente traducidos para el portugués, independientemente de la transcripción obligatoria en el Registro de Títulos y Documentos.

“§ 4o. El acto practicado en el exterior deberá, para producir efectos en el territorio nacional, ser legalizado por las respectivas autoridades consulares brasileñas y, donde no existieren, por las de un Estado con el cual Brasil mantenga relaciones, y, a seguir, por las brasileñas del Estado más próximo.”

“Artículo 31. Las autoridades consulares brasileñas ejercerán para los brasileños y sus hijos las funciones de oficial de los registros públicos y de notariado, de acuerdo con las leyes brasileñas.”

“Parágrafo único. Podrán, también, ejercer funciones de notariado para los extranjeros que lo soliciten, cuando se refiera a actos ejecutables en bienes situados en el Brasil.”

Por otra parte, el proyecto en estudio, dedica un subtítulo del mismo capítulo III a los bienes, posesión y derechos reales, cuyos preceptos establecen lo siguiente:

“Artículo 44. Se rigen según la ley del lugar de la situación de los bienes, su posesión y los respectivos derechos reales.”

"Artículo 45. La adquisición, la posesión y los derechos reales se rigen según la ley de la situación del bien en el día en que se integraren las respectivas condiciones y los derechos alegados en las acciones reales, según la misma ley, en el día en que se inició el proceso judicial.

"Parágrafo único. Serán reconocidos los requisitos inclusive el transcurso del plazo para la usucapión, ocurridos en la vigencia de la ley de la situación anterior (Art. 82)."

"En el capítulo III del proyecto a que se refiere este apartado, un subtítulo se dedica a las obligaciones en general:

"Artículo 51. La subsistencia y los efectos de las obligaciones oriundas de la declaración de voluntad se rigen, salvo estipulación en contrario según la ley del lugar en que fueren contraídas.

"§ 1o. La estipulación en favor de otra ley deberá ser expresa y no tendrá eficacia si constituye abuso del derecho (Art. 12) u ofendiere al orden público (Art. 13 y 80).

"§ 2o. Se presume, todavía contraídas según la ley brasileña las obligaciones constituídas entre brasileños en el extranjero.

"§ 3o. Se rigen según la ley brasileña los contratos realizados en los consulados del Brasil en el extranjero (Art. 31).

"§ 4o. Ocurriendo conflictos de leyes sobre la conceptualización del lugar del contrato, se aplica la ley brasileña si éste se localizare en el Brasil; si el conflicto fuera entre leyes extranjeras, se aplican, subsidiariamente las leyes de la residencia habitual del domicilio o de la nacionalidad de los declarantes o la común a los dos contratantes, y, en su defecto, las del lugar de la ejecución, en el caso de duda, se aplicarán las leyes más favorables a la prevalencia de la intención de los interesados.

"§ 5o. En la imposibilidad de localizar el contrato en el Brasil o en el extranjero, se aplican las leyes subsidiariamente previstas en el parágrafo anterior."

"§ 6o. Se sujetan a la ley del lugar de la situación de los bienes inmuebles los contratos a ellos relativos."

"Artículo 52. Se rigen según la ley brasileña los contratos ejecutables en el Brasil."

"Artículo 53. Todas las necesidades de la ejecución de las obligaciones, inclusive la moneda del pago, se rigen según la ley del lugar de la respectiva ejecución."

"Parágrafo único. Son válidas las obligaciones contraídas en el exterior, efectivamente en moneda extranjera, para ser ejecutadas en el Brasil."

"Artículo 54. Las obligaciones no originadas de la declaración de voluntad se rigen según la ley que las establece o según la ley del lugar del hecho o acto que de ellos se originen."

"Artículo 55. Las obligaciones derivadas de los actos ilícitos según la ley del lugar del acto pero la indemnización a ser concedida o reconocida, en el Brasil, no podrá ser inferior a la prevista, para el caso, por la ley brasileña."

Con referencia a los derechos adquiridos en el extranjero, establece el proyecto, en el capítulo III, y en el subtítulo correspondiente:

“Artículo 79. Son reconocidos en el Brasil los derechos adquiridos en el extranjero en virtud de acto o juicio allí realizados, de acuerdo con el derecho extranjero vigente, salvo si fuere el caso de competencia exclusiva del derecho brasileño, y observadas siempre las reservas de fraude a la ley y de orden público (Art. 80).”

El último subtítulo del capítulo III, relativo a las disposiciones de Derecho Internacional Privado, del proyecto brasileño, se refiere al límite general del orden público y adaptación, a saber:

“Artículo 80. Las leyes, actos y sentencias de otro país al igual que cualesquiera declaraciones de voluntad allí formuladas, no tendrán eficacia en el Brasil cuando ofendieren la soberanía nacional, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

“Parágrafo único. Podrán ser admitidos, por motivos de justicia y equidad, declaración y reconocimiento de efectos parciales que se aproximan a los permitidos por el derecho brasileño (párrafo único del Art. 40).”

Conviene reproducir el artículo 12 del proyecto en estudio, en el que se condena el abuso del derecho:

“No será protegido el derecho que dejare de ser ejercicio en perjuicio del próximo o del modo egoísta, excesivo o antisocial.”

26. Proyecto Venezolano

Una comisión integrada por los juristas venezolanos, doctores Joaquín Sánchez Covisa, Gonzalo Parra Aranguren y Roberto Goldschmidt, conforme a instrucciones del Ministerio de Justicia, preparó el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado en el año de 1963 y se publicó con algunos cambios en 1965.

Para los efectos del presente estudio, hemos estimado de relevante interés recoger las normas que consideramos son de carácter general.

Acerca de la determinación del Derecho competente, establece el artículo 1o:

“La determinación del Derecho competente para regir situaciones relacionadas con ordenamientos extranjeros se hará de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y de las demás leyes de la República.

“A falta de disposiciones legales, se aplicarán las normas de conflicto que se deduzcan de ellas por analogía y, en último término, los principios generales de Derecho Internacional Privado.”

Sobre el tratamiento del Derecho extranjero, determina el artículo 2o.

“El Derecho extranjero que resulte competente recibirá igual tratamiento que el Derecho nacional.

“Se aplicará de acuerdo con los principios que rijan en el país extranjero, y de manera que se realicen los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto.”

En lo que atañe a conflicto de leyes en el Derecho extranjero, el artículo 3o. regula lo siguiente:

“Cuando en el Derecho extranjero que resulte competente coexistan diversos ordenamientos jurídicos, el conflicto de leyes que se suscite entre esos ordenamientos se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente Derecho extranjero.”

Por lo que hace al reenvío, el artículo 4o. del Proyecto Venezolano establece:

“Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho de un tercer Estado que, a su vez se declare competente, deberá aplicarse el Derecho interno de este tercer Estado.

“Cuando el Derecho extranjero competente declare aplicable el Derecho Venezolano, deberá aplicarse este Derecho.

“En los casos no previstos en los dos párrafos anteriores, deberá aplicarse el Derecho interno del Estado que declare competente la norma venezolana de conflicto.”

En cuanto a los derechos adquiridos regula el artículo 5o.

“Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuye la competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto o que el Derecho Venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva.”

En lo referente al orden público, determina el artículo 6o.

“Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con la presente ley, solo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.”

“En el proyecto a estudio, el domicilio se regula, de manera muy completa, en los siguientes preceptos:

“Artículo 7o. El domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia principal.”

“Artículo 8o. El cambio de domicilio solo produce efecto después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado con el propósito de fijar en él la residencia principal.”

“Artículo 9o. La mujer casada tiene su domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo dispuesto en los artículos anteriores.

“Artículo 10. El domicilio de los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o curatela, es el de sus representantes legales.”

“Artículo 11. Cuando la residencia en el Territorio de un Estado sea resultado exclusivo de funciones conferidas por un organismo público, nacional, extranjero o internacional no producirá los efectos previstos en los artículos anteriores.”

“Artículo 12. Las disposiciones de este capítulo se aplican siempre que la presente ley se refiera al domicilio de una persona física y, en general, cuando el domicilio constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o los tribunales que tienen competencia internacional.”

El proyecto en cuestión, dedica al capítulo III a establecer las reglas iusprivativas sobre las personas, en los siguientes términos:

“Artículo 13. La existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por la ley de su domicilio.”

“Artículo 14. El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.”

“Artículo 15. La persona que es incapaz de acuerdo con las disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz la ley que rige el contenido del acto.”

“Artículo 16. No producirán efectos en Venezuela las limitaciones a la capacidad establecidas en la ley del domicilio, que se basen en diferencias de raza, nacionalidad, religión o rango.”

“Artículo 17. Las reglas de constitución y funcionamiento de las personas morales se determinan por la ley del país en que fueron constituidas, sin perjuicio de que deban someterse, en el perjuicio de sus actividades, a las disposiciones pertinentes de la ley del país donde las ejerzan.”

El proyecto en estudio dedica el capítulo V a los bienes, con la siguiente regulación:

“Artículo 27. Los bienes y la constitución, contenido y extensión de los derechos reales, se rigen por la ley del lugar de la situación.”

“Artículo 28. El desplazamiento de bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio de la ley anterior. No obstante, tales derechos solo pueden ser opuestos a terceros después de cumplidos los requisitos que establezcan al respecto, la ley de la nueva situación.”

El proyecto venezolano se ocupa en el capítulo VI de las normas relativas a las obligaciones:

“Artículo 29. Las obligaciones convencionales se rigen por la ley indicada por las partes siempre que exista entre esa ley y la obligación una vinculación internacionalmente admisible.”

“Artículo 30. A falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por la ley con la cual están más directamente vinculadas, en razón de sus características subjetivas y objetivas.”

“Artículo 31. La ley que resulte competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos anteriores, determinan las normas imperativas aplicables y los límites de la autonomía de la voluntad de las partes.”

“Artículo 32. Se aplicarán, en todo caso, las disposiciones de la ley del lugar donde se realice la presentación que regule su contenido por razones económica-sociales de interés general.”

“Artículo 33. Los actos ilícitos, la gestión de negocios y enriquecimiento sin causa se rigen por la ley del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación.”

En el cambio VIII del proyecto en análisis, la forma de los actos se regula de la siguiente manera:

“Artículo 38. Los actos jurídicos son válidos, en cuando a la forma, si cumplen los requisitos exigidos en cualquiera de las siguientes leyes:

- "a) La ley del lugar de celebración del acto;
- "b) La ley que rige el contenido del acto; o
- "c) La ley del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes en la época del otorgamiento."

27. *Restatement of the Law*

El *Restatement of the Law*³⁷ establece en la sección 6, como principales reglas de elección las siguientes:

(1) Una corte, sujeta a restricciones constitucionales, seguirá la directiva estatutaria de su propio estado en la elección de leyes.

(2) Cuando no haya directiva, los factores relevantes a la elección de la regla aplicable de leyes incluye:

- (a) las necesidades de los sistemas interestaduales e internacionales,
- (b) las políticas relevantes del foro,
- (c) las políticas relevantes de otros intereses estaduales y los intereses relativos de aquellos estados en la determinación de la solución particular,
- (d) la protección de posibilidades justificadas,
- (e) las políticas subrayando el campo particular de derecho,
- (f) seguridad, previsión y uniformidad de resultado, y
- (g) facilidad en la determinación y aplicación del derecho que será aplicado.

(1) La clasificación e interpretación de los conceptos legales y términos que envuelven cuestiones de caracterización, como el término es usado en el *Restatement* de esta materia.

(2) La clasificación e interpretación de los conceptos de conflicto de leyes y los términos son determinados de acuerdo con la ley del foro, excepto como se establece en la sección 8.

(3) La clasificación e interpretación de los conceptos y términos de la ley focal son determinados de acuerdo con la ley que gobierna la materia involucrada.

La sección 8. del *Restatement* se refiere al reenvío, en los siguientes términos:

(1) Cuando dirigida por su propia ley de elección se aplica la ley de otro estado, el foro aplica la ley local del otro estado, excepto como lo establecen las subsecciones (2) y (3).

(2) Cuando el objetivo de la particular regla de elección de leyes es que el foro alcanza el mismo resultado sobre los varios hechos involucrados como podría alcanzarlo la corte de otro estado, el foro aplicará las reglas de elección de leyes del otro estado, sujeto a las consideraciones de practicabilidad y factibilidad.

(3) Cuando el estado del foro no tiene afinidad substancial con la materia

³⁷ Véase *Restatement of the Laws*, "Conflic of Laws", Vol. I, Parágrafos del 1 al 21, promulgado por The American Law Institute en Washington, DC, mayo 23, 1969, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1971.

particular o las partes y las cortes de todos los estados interesados podrían concurrir en la selección de la regla jurídica local aplicable a esta materia, el foro usualmente aplicará esta regla.

Con limitaciones en la elección de leyes, la sección 9 establece:

Una corte no podrá aplicar la ley local de su propio estado para determinar una solución particular a menos que cada aplicación de su ley fuera razonable a la luz de la conexión del estado y de otros estados a la persona, cosa o acontecimiento incluídos.

Sobre los conflictos de leyes interestadales e internacionales, establece la sección 10:

Las reglas en el *Restatement* de esta materia se aplican a los casos con elementos en uno o más estados de los Estados Unidos y son generalmente aplicables a los casos con elementos en uno o más naciones extranjeras, puede haber, sin embargo, factores en un particular caso internacional el cual lleve a resultados diferentes de los que podrían alcanzarse en un caso internacional

En lo que atañe al domicilio, determina la sección 11:

(1) El domicilio es un lugar, usualmente el hogar de una persona, las reglas de conflictos de leyes algunas veces le acuerdan significada determinación porque es la identificación de la persona con el lugar.

(2) Cada persona tiene un domicilio en todo tiempo y, al menos por el mismo propósito, la persona no tiene más que un domicilio en la misma época.

En la sección 145 se establece el principio general:

(1) Los derechos y responsabilidad de las partes con respecto a una materia en riesgo son determinados por el derecho local del estado el cual, con respecto a esa materia, tiene la relación más significada del acontecimiento y las partes bajo los principios establecidos en la sección 6.

(2) Los contactos serán tomados en cuenta en aplicación de los principios de la sección 6 para determinar la ley aplicable a la materia incluida:

(a) el lugar donde el daño ocurrió,

(b) el lugar donde la conducta ha causado el daño ocurrido,

(c) el domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de incorporación y lugar del negocio de las partes, y

(d) el lugar donde la relación jurídica ha sido concentrada entre las partes.

Estos contactos serán evaluados de acuerdo con su relativa importancia con respecto a la materia particular.

Acerca del alcance de la elección de la ley por las partes, determina la sección 187:

(1) La ley del Estado por las partes para regir sus derechos contractuales y obligaciones será aplicada si la materia particular es una de las cuales las partes podrían haber resuelto por una previsión explícita, previsión en su acuerdo dirigida a esa materia.

(2) La ley del estado escogida por las partes para gobernar sus derechos y obligaciones contractuales será aplicada como si la materia particular es una que las partes no resolvieron por una previsión expresa en su acuerdo dirigido a esa materia, al menos por cualquiera de los dos

(a) al estado escogido no tiene relación substancial con las partes o con la transacción y no hay bases razonables para lo escogido por las partes, o

(b) la aplicación de la ley del estado escogido sería contraria a la política del estado el cual tiene materialmente gran interés de que el estado escogido en la determinación de la particular materia y la cual, bajo la regla de la sección 188, podría el estado de la ley aplicable en la ausencia de una efectiva elección de leyes por las partes.

(3) En ausencia de una indicación contraria a la intención, la referencia les da derecho local del estado de la ley elegida.

Sobre la ley que rige en ausencia de una efectiva elección por las partes, establece la sección 188:

(1) Los derechos y deberes de las partes con respecto a una materia en el contrato son determinados por la ley local del estado que, con respecto a esa materia, ha tenido la conexión más significada con la transacción y con las partes bajo los principios establecidos en la sección 6.

(2) En la falta de una efectiva elección de leyes por las partes (véase la sección 187); los contratos deben tomar en cuenta la aplicación de los principios de la sección 6 para determinar la ley aplicable a la materia incluida:

(a) el lugar de contratación,

(b) el lugar de negociación del contrato,

(c) el lugar de ejecución,

(d) la localización de la materia objeto del contrato, y

(e) el domicilio, residencia, nacionalidad, lugar de incorporación y lugar del negocio de las partes.

Estos contratos deberán ser evaluados de acuerdo con su relativa importancia con respecto a la materia particular.

(3) Si el lugar de negociación del contrato y el lugar de ejecución son el mismo estado, el derecho local de este estado será usualmente aplicada, excepto si se provee diferentemente como las secciones 189-199 y 203.

CAPITULO TERCERO

Las normas generales del Derecho Internacional

SUMARIO: 28 Aplicación de Derecho extranjero. 29. Existencia, estado civil y capacidad de las personas. 30. Efectos jurídicos de actos realizados en el extranjero. 31. Bienes muebles e inmuebles. 32. Forma extrínseca de los actos. 33. Declaraciones de voluntad 34. Reenvío. 35. Calificación. 36. Orden Público. 37. Fraude a la ley.

28. Aplicación del Derecho extranjero

En principio, las leyes, la costumbre, los reglamentos, la jurisprudencia y las demás normas jurídicas constitutivas del Derecho vigente de un país, circunscriben su vigencia espacial al territorio del Estado para el cual fueron hechas. Esta limitación no es absoluta en cuanto a que, la presencia de puntos de conexión entre la situación concreta de que se trate las normas jurídicas de más de un país puede dar pábulo a la aplicación extraterritorial.

La aplicación extraterritorial permite que la norma jurídica de una país penetre, con indiscutible vigencia en el territorio de Estado diverso.³⁸

Al Derecho Internacional Privado le corresponde el objeto de determinar la norma jurídica aplicable a una situación concreta vinculada con dos o más normas jurídicas procedentes de países distintos. Al respecto, puede suceder que la norma jurídica aplicable o competente lo sea la norma jurídica extranjera. En este supuesto se da el tema de este apartado, relativo a la aplicación de Derecho extranjero.³⁹

La competencia atribuida al Derecho extranjero, presenta una problemática propia que es motivo de este apartado para propiciar el contenido de las normas conflictuales generales de Derecho Internacional Privado.

Afirma el jurista peruano Manuel García Calderón,⁴⁰ que "la admisión de la ley extranjera en sustitución de la ley interna, tiene lugar como resultado de la aplicación de una norma de conflicto y comporta una verdadera limitación en el espacio a la aplicación de la ley territorial". Conforme a este punto de vista, la aplicación de Derecho extranjero se produce en virtud de la obediencia a una norma conflictual. Cabría agregar que esa regla conflictual puede ser de carácter interno o de carácter internacional.

³⁸ Véase ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho Internacional Privado*, Op. cit., p. 11

³⁹ *Idem*, p. 682.

⁴⁰ *Op. cit.*, p. 88.

Un Estado soberano tiene tal carácter cuando no recibe las normas jurídicas en la creación de la norma jurídica interna o en la formulación de la norma jurídica internacional. Por tanto, el Derecho extranjero no tiene por sí mismo vigencia en el país de recepción. Para que opere la admisión del Derecho extranjero es menester la norma jurídica que establezca la aplicabilidad del Derecho foráneo. Los países de la América se han caracterizado por reiterar su soberanía y, por ello para que haya aplicabilidad de la norma jurídica extraña, será necesario establecer en una forma de carácter general la posibilidad de aplicar Derecho extranjero por mandato de una norma interna o internacional conflictual que así lo establezca.

Indicaba el Delegado de los Estados Unidos George H. Owen⁴¹ "La aplicación de una ley extranjera es un favor que el Estado del foro está haciendo hacia el Estado extranjero (y que, sin convenio, haría solo de mal gusto), mientras que, en la realidad, el fundamento de la aplicación de la ley extranjera debería basarse, no en el deseo de complacer a otros Estados, sino en el propósito de dirimir, según normas de equidad, pretensiones de litigantes individuales. Son individuos, y no Estados, los interesados en litigios donde figuran conflictos de leyes". Este criterio debemos entenderlo en el sentido de que la norma conflictual que rige al foro le da vigencia a la norma jurídica material extranjera y el fundamento de la aplicación de ésta última está en la equidad. Es decir, es justo, mejor aún, es equitativo, aplicar la norma jurídica extranjera.

Acerca de ese fundamento, el jurista peruano Manuel García Calderón ha dejado aseverado: "La aplicación de la ley extranjera es impuesta por razones de justicia que hacen obligatorio el reconocimiento de los vínculos legales con un orden jurídico extranjero"⁴²

En un aspecto que atiende en mayor grado a lo ontológico que a lo axiológico, más formalmente jurídico, el jurista brasileño Haroldo Valladao⁴³ expresa que en la forma moderna del Derecho Internacional Privado, la promulgación de textos internos e internacionales, de naturaleza obligatoria para el juez, le impone la aplicación de la ley extranjera.

De lo anterior concluimos que el fundamento inmediato de la aplicación de Derecho extranjero está en una norma jurídica conflictual que le da competencia a la norma jurídica procedente del exterior y el fundamento mediato se localiza en razones de valoración jurídica. Bajo este último ángulo, la aplicación de la norma jurídica extranjera resulta razonable, justa y además satisface necesidades humanas.

Si se negara el acceso a la norma jurídica extranjera se negaría el Derecho Internacional Privado. Esta es una refutación a una tendencia de territorialismo extremo que no puede darse en el mundo de la realidad. No obstante, no debe caerse en el extremo contrario y darle amplitud no justificada a la aplicación de la norma jurídica extranjera. La norma jurídica extranjera se apli-

⁴¹ Citado por PARRA ARANGUREN, Gonzalo, *La Revisión del Código Bustamante*, p. 77.

⁴² *Op. cit.*, op. 91.

⁴³ *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, *Op. cit.*, p. 471.

ca con fundamento normativo, bien interno o bien internacional, y ese fundamento normativo a su vez debe estar apoyado, en valores jurídicos, en la razón y necesidades humanas. Maridakis⁴⁴ señala que el Estado no sólo no está legitimado para prescribir que es el suyo el único Derecho aplicable de los límites de su territorio, sino que está obligado a determinar los casos en que ha lugar a aplicar el Derecho de un país extranjero. Asevera que el Estado está obligado a dictar reglas que hagan conocer los casos en que hay que aplicar el Derecho extranjero.

Ya establecida la necesidad y el fundamento de la aplicación del Derecho extranjero, debe dejarse fuera de duda, mediante la consagración de una norma general en este sentido que el Derecho extranjero aplicable lo es el que está en vigor. Así lo determina Martin Wolff⁴⁵ al decir:

"Cuando el tribunal recurre a la ley de un país extranjero, puede aplicar solamente el Derecho que está en vigor allí en ese momento. El Derecho extranjero que ha sido derogado y reemplazado por reglas jurídicas posteriores, no debe ser aplicado, aunque la regla moderna sea aplicable al caso en discusión."

Dentro de la hipótesis de que la norma jurídica conflictual le de competencia a la norma jurídica extranjera, puede producirse el supuesto de que haya carencia de la regla extranjera. En el caso el juzgador no debe aplicar la norma jurídica propia sino debe actuar como corresponde frente a la laguna legal, o sea, debe proceder a la creación de la norma jurídica en el desempeño de una auténtica misión de integración. Una norma general de Derecho Internacional Privado debe prever esta situación.

En ocasiones es insuficiente la letra de la norma jurídica extranjera para esclarecer su pleno significado. Requiere desentrañarse su sentido, interpretarse. En el caso de que sea necesario interpretar la norma jurídica extranjera, podrían caber dos hipótesis, a saber: *a)* que el juzgador determinara el alcance y significado de la norma jurídica extranjera conforme a su propio derecho y conforme a sus propios medios; *b)* que el juzgador realizara la labor exegética conforme a los principios interpretativos que rijan en el país de procedencia de la norma. Opina sobre este particular el jurista brasileño Haroldo Valladao⁴⁶ que, la interpretación, inclusive la calificación, de la ley extranjera "se hará, sin duda, con las reglas de hermenéutica de Derecho extranjero. . . Dice con exactitud, la Corte Permanente de Justicia Internacional de La Haya "no sería aplicar un Derecho interno, aplicarlo de manera diferente de aquella por la cual se ha aplicado en el país donde está en vigor". El jurista colombiano Monroy Cabra⁴⁷ se inclina porque: "La interpretación

⁴⁴ Citado por MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, 6ª Edición, Tomo 1, Madrid, 1972, p. 277.

⁴⁵ *Op. cit.*, p. 203.

⁴⁶ *Op. cit.*, Tomo 1, pp. 480 y 481.

⁴⁷ MONROY CABRA, Marco Gerardo, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, 2ª Edición, Editorial Temis, 1973, p. 352.

de la ley extranjera se hace según los criterios determinados en la ley extranjera declarada aplicable. En ausencia de interpretación con autoridad, se debe seguir el criterio utilizado en la nación a que pertenece la norma. . . Por último, si hay diversidad de criterios en el país al cual pertenece la norma, el juez decidirá según su propio criterio." En el mismo sentido se pronuncia Martin Wolff:⁴⁸ "Al interpretar las leyes extranjeras, el tribunal inglés sigue los mismos principios que el tribunal extranjero observa con respecto a sus propias leyes, no aquellos que aplica cuando interpreta una ley inglesa." En ocasiones, las decisiones dadas por los tribunales son obligatorias en lo que atañe a interpretación. En esta situación debe prevalecer a mayoría de razón la interpretación del País de procedencia.

En la materia de aplicación de Derecho extranjero puede suscitarse un problema de jerarquía de normas. En efecto, la norma extranjera competente infringe una norma constitucional del Estado de procedencia. Antes esta situación, el juhista brasileño Haroldo Valladao⁴⁹ sostiene que: ". . . la regla general es acatar la orientación seguida, el respeto de sus fuentes jurídicas, por el Derecho extranjero. Si por ejemplo hay allí jurisprudencia sobre la norma prevaleciente, para la especie, el juez del hecho tendrá que seguirla." En el mismo sentido se pronuncia Martin Wolff:⁵⁰ "Si la disputa se refiere a la cuestión de si una cierta ley es inválida por infringir la constitución del Estado, el tribunal tiene derecho a examinar su validez en la misma extensión que cualquier tribunal ordinario del mismo Estado extranjero."

Suele ocurrir que la legislación extranjera no sea unitaria, es decir, que haya pluralidad normativa en el sistema jurídico extranjero. Este problema lo plantea Niboyet en los siguientes términos:⁵¹ "hay extranjeros que pertenecen a países cuya legislación no está unificada. Procede en este caso, investigar en el Derecho Público del país extranjero de que se trate de que manera están repartidos sus súbitos entre las diversas leyes del país. Se acudirá, pues, a la ley polaca —por ejemplo— para decidir cuales con las personas sometidas a una u a otra de las leyes vigentes en el interior de dicho país." Wolff se ocupa del mismo problema y considera:⁵² "Si el Estado cuyo Derecho debe aplicarse por el tribunal inglés no tiene ningún sistema jurídico único, sino que emplea diferentes sistemas o en diferentes partes del territorio estatal, o para diferentes clases, el tribunal inglés aplicará el Derecho que rige el caso conforme al Derecho interlocal o interpersonal del país interesado."

Los problemas de jerarquía de normas y de pluralidad normativa interna en el país cuya norma jurídica se recibirá, deben ser resueltos normativamente en el Anteproyecto de normas generales de Derecho Internacional Privado.

⁴⁸ *Op. cit.*, p. 205.

⁴⁹ *Op. cit.*, Tomo I, p. 480.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 205.

⁵¹ NIBOYET, J. P., *Principios de Derecho Internacional Privado*, Editora Nacional, México, 1951, p. 566.

⁵² *Idem*, pp. 204 y 205.

29. Existencia, estado civil y capacidad de las personas

Difícil verdaderamente resulta emitir con brevedad la secular polémica entre domicilio y nacionalidad para regir la existencia, el estado civil y capacidad de las personas. Si esto es arduo, en consecuencia constituye un auténtico reto a un proyecto de codificación pronunciarse sobre el punto de conexión o los puntos de conexión que han de regir las instituciones materia de este apartado.

El tema de elección entre la ley del domicilio, la de la nacionalidad, la de la residencia habitual o la de la residencia esporádica no es puramente un asunto de especulación doctrinal puesto que la legislación interna y la codificación internacional requieren una decisión sobre el particular.

Los aspectos pragmáticos se destacan cuando Wolff⁵³ hace referencia a un dato estadístico de principios de siglo, aportado por el jurista argentino Zeballos; en 1909, de acuerdo con un cálculo muy aproximado, quinientos millones de hombres vivían en países regidos por el principio del domicilio, mientras que cuatrocientos sesenta millones estaban sujetos al sistema de la nacionalidad.

El jurista peruano Manuel García Calderón,⁵⁴ menciona la circunstancia de la carencia de un acuerdo sobre si la ley de la persona debe ser la del domicilio o la de la nacionalidad. Atribuyó doctrinalmente a Mancini la tendencia a la proyección del punto de conexión "nacionalidad" que tuvo un poderoso impulso después de su incorporación en el Código de Napoleón. En cuanto al sistema del domicilio, nos indica el citado autor que el principio del domicilio, sostenido por los países anglosajones, "recibió el apoyo de la doctrina de Savigny".

El antagonismo doctrinal entre Mancini y Savigny es igualmente anotado por Ramón de Orué y Arregui⁵⁵ como origen de una divergencia legislativa que se ha acentuado en el campo doctrinal.

Se ha asentado por el jurista argentino Alberto Lazcano⁵⁶ la dificultad de conciliar la nacionalidad y el domicilio en el orden internacional por que cada uno de esos sistemas responde a diferentes tradiciones derivadas de que hay países de emigración y de inmigración, lo que ha originado frustración en autores y en conferencias que no han podido armonizar ambos principios.

La discusión relativa a domicilio-nacionalidad no ha producido un desenlace feliz en el mundo a pesar de los esfuerzos de los filósofos del Derecho. Wolff⁵⁷ lamenta que no se haya obtenido ningún acuerdo en un sentido positivo.

⁵³ *Op. cit.*, p. 101.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 156.

⁵⁵ *Manual de Derecho Internacional Privado*, 3ª Edición, Editorial Reus, Madrid, 1952, p. 497.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 192.

⁵⁷ *Op. cit.*, p. 96.

El jurista brasileño Haroldo Valladao⁵⁸ en forma muy atingente resume la evolución doctrinal habida entre domicilio y nacionalidad. Determina que Savigny unificó la materia de la capacidad, por la ley del domicilio; mientras que Mancini siguió el sistema de la ley nacional para el estado civil y la capacidad. Alude a una intensa lucha entre partidarios de Savigny y Mancini para la obtención de un principio único. Entre tanto, afirma los Códigos, las leyes, la jurisprudencia y la práctica de cada gobierno, los tratados y gran parte de la doctrina, aún los inspirados en Savigny y Mancini, jamás seguirán los puntos de vista radicales y extremos de un solo estatuto, único y universal. Considera que, en realidad, "a través de variadas reglas y excepciones, distinciones, subdistinciones y con los principios del reenvío, de calificación, de la *lex fori* y del orden público", se aplican otros puntos de conexión como la residencia, la voluntad de los interesados, lugar del acto, la situación de la cosa y sobre todo, se aplica la ley del foro.

Los iusprivatistas Lazcano⁵⁹ y Monroy Cabra⁶⁰ argentino y colombiano, respectivamente, aluden al hecho de que originalmente, en la época de los estatutarios se aplicaba la ley domiciliaria. Miaja de la Muela⁶¹ estima que, históricamente, el domicilio fue el punto de conexión de todos los estatutarios, y explica que ello obedeció a la finalidad de resolver los conflictos conforme a disposiciones locales de territorios sujetos a la misma soberanía. En la evolución domiciliar, el domicilio fue mantenido como punto de conexión básico en los países anglosajones y en la mayor parte de los hispanoamericanos.

Sobre la actual evolución de la antiquísima polémica entre la ley de la nacionalidad y la del domicilio, el jurista norteamericano Nadelmann⁶² acusa el hecho de que Brasil cambió en 1942 de la nacionalidad al domicilio y de que Europa ha visto que la nacionalidad ha perdido terreno. Le da relevancia a la circunstancia de que en América hay un amplio acuerdo sobre la aplicación de la ley del domicilio al estado civil de las personas. Esta conclusión la hace este autor, sin perjuicio de considerar la existencia de un tercer sistema que ya era utilizado desde la preparación del Código de Bustamante. En ese tercer sistema mixto, la ley local es aplicada a los extranjeros mientras que la ley nacional es aplicada a los nacionales en el extranjero. Examina Nadelmann⁶³ la especulación que se ha hecho en el sentido de que si la adición que se hiciera al Código de Bustamante prescribiera la ley del domicilio como la aplicable a la existencia, estado y capacidad, se obtendría la aceptación de todos los Estados en Latinoamérica y alude a las discrepancias existentes entre los Estados de la América Latina, ya que unos no ratificaron el Código, otros no lo suscribieron y otros lo hicieron con reservas generales o especiales.

⁵⁸ *Direito Internacional Privado*, Vol. II, 2ª Edición, Librería Freitas Bastos, 1977, p. 16.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 177.

⁶⁰ *Op. cit.*, pp. 363 y 364.

⁶¹ *Op. cit.*, Tomo II, p. 172.

⁶² *The Question of the Revision of the Bustamante Code*, *Op. cit.*, pp. 387 y 388.

⁶³ *Idem*, p. 388.

La dificultad de elección entre la ley del domicilio y la ley de la nacionalidad fue el origen del artículo 7o. del Código de Bustamante que permitió que cada Estado contratante aplicara como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que tenga adoptadas o adopte en el futuro en su legislación interna. En esa época, según nos informa Nadelmann⁶⁴ algunos Estados latinoamericanos, entre ellos Cuba, Costa Rica, Haití, República Dominicana y Brasil seguían el sistema de Europa Continental de la Ley nacional, mientras que los Tratados de Montevideo de 1889 ya se habían inclinado a favor de la ley del domicilio que se consideraba como la única acorde con los intereses de los países de América.

Acerca de la prevalencia en América del sistema de la ley del domicilio, Ni-boyet asevera⁶⁵ que, en la Gran Bretaña, en los Estados Unidos y en Hispanoamérica y en la codificación interamericana, la ley del domicilio ha sido ampliamente acogida. Sobre el mismo particular, Martin Wolff⁶⁶ marca la aceptación de la ley del domicilio en toda Europa antes del Código francés, y la subsistencia de ese sistema en Dinamarca, Islandia, Noruega, los Estados Bálticos, y en aquellos estados sudamericanos que son parte de los Tratados de Montevideo, de su consagración en Brasil desde 1942, y particularmente en el Reino Unido, y en los Estados Unidos de América.

Derruppé⁶⁷ considera que han sido políticas las razones de elección la ley nacional y la ley del domicilio. Juzga que esa elección está influenciada por la situación demográfica que el país de inmigración prefiere la relación del domicilio para asimilar más rápidamente a los inmigrantes. Propone como solución una distribución de materias entre los puntos de conexión domicilio y nacionalidad. Que se someta el estado de las personas a la ley nacional y la capacidad a la ley del domicilio. En materia de sucesiones estima que debe regir la ley del domicilio después de una cierta duración de instalación en el mismo país. Sugiere que prive la ley del domicilio en los casos de apatridia, en los casos de pluralidad de nacionalidad de una misma persona, o en el caso en que varias personas ligadas con un estado civil tienen nacionalidad diferentes, como en divorcio, filiación, tutela, alimentos. Divide al mundo en dos grandes sectores: el del domicilio y el de la nacionalidad: la mayor parte de los países del continente europeo del Medio Oriente y del Extremo Oriente. Afilia al sistema del domicilio: a los países anglosajones y escandinavos y la mayor parte de los países de América Latina.

No es fácil centrar el debate entablado entre nacionalidad y domicilio, dado que la misma nacionalidad está profundamente influenciada por el domicilio. Como expresa Lazcano⁶⁸ el domicilio incide en la nacionalidad ya que "influye en la adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad y a él se

⁶⁴ *Ibidem*, p. 386.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 562.

⁶⁶ *Op. cit.*, pp. 98.

⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 52 y 71.

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 177.

acude cuando la persona tiene dos o más nacionalidades o carece de ellas, así como para resolver los conflictos de nacionalidad. Sobre esta vinculación entre nacionalidad y domicilio, apunta De Orué y Arregui⁶⁹ que una solución científica deberá tener en cuenta ambos principios. Que deberá fijarse la ley de la nacionalidad y la ley del domicilio se utilizará con carácter supletorio.

De cualquier manera, escoger entre el sistema de la ley nacional o la ley del domicilio, constituye un dilema forzoso para evitar las indefiniciones inadecuadas que se criticaron en el artículo 7o. del Código de Bustamante. Adolfo Miaja de la Muela⁷⁰ cita al iusprivatista uruguayo Quintín Alfonsín y dice que tiene razón al decir que son ineficaces los esfuerzos que se hagan para conciliar la *lex patriae* con la *lex domicilis*, que indefectiblemente debe elegirse entre ambas leyes, y debe sacrificarse, "parcial o enteramente, una a la otra."

Si se considerase que no hay posibilidad de definición de criterios para elegir entre la ley nacional y la ley del domicilio, la codificación interamericana tendría que orientarse en condiciones similares a la "Convención de la Haya para regular los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio", misma que se concluyó el 15 de junio de 1955⁷¹ para preferir unas veces, frente a ciertas hipótesis la ley del domicilio y en otros supuestos, la ley nacional. Sin embargo, ha quedado bien sentado que prevalece en la América el sistema del domicilio. El criterio del domicilio cobra importancia como punto de vinculación en materia de existencia, estado civil y capacidad de las personas, independientemente de su valor para establecer la competencia de los tribunales.

Si partiéramos del supuesto de aceptación del sistema de la ley del domicilio, la problemática todavía no habría quedado integralmente resuelta puesto que, a veces el criterio domiciliario suele complementarse con la residencia habitual y la residencia esporádica, requiriéndose adicionalmente llegar a su debida conceptualización. Pero, además, para no incurrir en dogmatismos es necesario precisar el concepto de domicilio para recoger normas que delimiten su alcance y significado y para tratar de superar los inconvenientes que al domicilio se le han señalado, principalmente por sus detractores que a su vez son defensores del sistema de la ley nacional.

José Ramón de Orué y Arregui⁷² asevera que: "para que haya domicilio deben reunirse dos condiciones: la existencia en un lugar determinado y la intención de permanencia en él, *ánimo et facto*. Para que haya residencia basta el hecho. Una vez adquirido el domicilio, se puede mantener por la sola intención de no cambiarlo o adquirir otro. La residencia se cambia por el hecho de cambiar de lugar, y se mantiene por el hecho de permanecer en él." Para Ni-boyet,⁷³ el domicilio es, un elemento que relaciona a los individuos con un lu-

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 501.

⁷⁰ *Op. cit.*, Tomo II, p. 178.

⁷¹ Véase su texto en "Recueil des Conventions de La Haye", Edité par le Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, Pays-Bas, 1970.

⁷² *Op. cit.*, p. 203.

⁷³ *Op. cit.*, p. 545.

gar determinado, mientras que la nacionalidad los relaciona con un país. El ilustre brasileño Haroldo Valladao⁷⁴ dice que el domicilio en el Derecho Internacional Privado "es el vínculo que sujeta a una persona a un sistema jurídico territorial" y a continuación alude a ciertas especies de domicilios: domicilio necesario o legal de los incapaces de los funcionarios, de los militares; domicilio voluntario general o especial. Considera en el concepto del domicilio los dos elementos clásicos: la residencia y la intención de permanencia.

Savigny⁷⁵ consideraba como domicilio de un individuo, aquel en donde reside constantemente y que ha elegido libremente como centro de sus negocios y relaciones jurídicas. Afirmaba que la residencia constante no excluye una ausencia momentánea o una variación ulterior. Sobre los elementos del domicilio, Lazcano enfatiza que hay dos elementos:⁷⁶ objetivo y subjetivo, el primero, material, atañe a la radicación en un lugar y la existencia de ciertos vínculos que lo unen a ese lugar; el subjetivo, es la intención o el propósito de mantener en ese lugar, por término indefinido aunque cambiante, el centro afectivo, jurídico o económico.

El *Restatement* norteamericano, determina que el domicilio es el lugar al que un individuo se halla unido establemente para fines legales, sea porque allí tiene su hogar o porque la ley así lo presume. La cuestión de saber si una persona está domiciliada en el Estado del fuero o en otro, se resuelve por la ley del fuero.⁷⁷

El prestigiado jurista cubano, Antonio Sánchez de Bustamante,⁷⁸ se refería a los dos elementos del domicilio que lo distinguen y que deben distinguirlo: "uno la residencia efectiva, otro la intención de residir permanentemente. La primera es una condición material en la que todos convienen; la segunda un elemento psicológico que suele y puede apreciarse por los signos exteriores. . . Es muy conveniente que el Derecho detalle de algún modo la prueba de la intención, ligándola por ejemplo a la permanencia durante cierto tiempo, o al establecimiento de hogar, o a la centralización de los negocios." Igualmente hacía alusión a diversas clases de domicilios: "domicilio de origen, determinado por el nacimiento y atribuido generalmente al hijo en razón de tenerlo su padre. . . domicilio legal: se le asigna a una persona en razón de los lazos de parentesco o de las relaciones de negocios o del empleo que la unen a otra u otras. Domicilio de elección: el individuo capacitado y menor de edad se crea a sí mismo sustituyendo al que hasta entonces tenía"⁷⁹

⁷⁴ *Op. cit.*, Tomo I, p. 346.

⁷⁵ Citado por el iusprivatista mexicano José ALGARA. *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, México, 1899, p. 141.

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 178.

⁷⁷ Véase a LAZCANO, Alberto, *Op. cit.*, p. 179.

⁷⁸ *Derecho Internacional Privado*, Tomo I, La Habana, 1934, 2ª Edición, p. 334.

⁷⁹ *Idem*, pp. 332 y 333.

Opina Niboyet⁸⁰ que la determinación del domicilio pudiera ser reglamentada por medio de tratados diplomáticos. Sobre ello, consideramos que, de aceptarse el sistema del domicilio será preciso que su significado y alcance se establezcan en la convención relativa a normas generales de Derecho Internacional Privado. En ausencia de tratados internacionales, en concepto de Niboyet⁸¹ "la ley de cada país es la única que puede determinar si un individuo está domiciliado en el mismo". En caso de conflicto de normas de países distintos en lo que se refiere a la fijación de domicilio, será competente para fijar el domicilio, según Niboyet,⁸² la *lex fori*, "ya que el domicilio es la condición para poder ejercitar diversas atribuciones."

En los tratados de Montevideo de 1889 se siguió el sistema de la ley del domicilio, concretamente, el artículo 5o. del Tratado de Derecho Civil Internacional, estableció: "La ley del lugar en el cual reside la persona determina las condiciones requeridas para que la residencia constituya domicilio." El artículo 9o. estableció: "Las personas que no tuvieron domicilio conocido, lo tienen en el lugar de su residencia."

En el Código de Bustamante de 1928, los artículos del 22 al 26 se refirieron al domicilio en los siguientes términos:

"Artículo 22. El concepto, adquisición, pérdida y recuperación del domicilio general y especial de las personas naturales y jurídicas se regirá por la ley territorial.

"Artículo 23. El domicilio de los funcionarios diplomáticos y el de los individuos que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su gobierno o para estudios científicos o artísticos, será el último que hayan tenido en su territorio nacional.

"Artículo 24. El domicilio legal del jefe de la familia se extiende a la mujer y los hijos no emancipados y del tutor o curador, a los menores incapacitados bajo su guarda, si no dispone lo contrario la legislación personal de aquellos a quienes se atribuye el domicilio del otro.

"Artículo 25. Las cuestiones sobre cambio de domicilio de las personas naturales o jurídicas, se resolverá de acuerdo con la ley del tribunal si fuese el de uno de los Estados interesados, y en su defecto, por la del lugar en que pretenda haber adquirido el último domicilio.

"Artículo 26. Para las personas que no tengan domicilio, se entienda como tal de su residencia, o en donde se encuentren."

En el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, el domicilio se regula en los artículos del 5o. al 11 en los siguientes términos:

"Artículo 5o. En aquellos casos que no se encuentren especialmente previstos en el presente tratado, el domicilio civil de una persona física, en lo que atañe a las relaciones jurídicas internacionales, será determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

⁸⁰ *Op. cit.*, p. 553.

⁸¹ *Op. cit.*, p. 545.

⁸² *Idem.*

"1a) la residencias habitual en un lugar con ánimo de permanecer en él;
 "2a) a falta de tal elemento, la residencia habitual en un mismo lugar del grupo familiar, integrado por el cónyuge y los hijos menores o incapaces; o la del cónyuge con quien haga vida común; o, a falta de cónyuge, la de los hijos menores o incapaces con quienes conviva;

"3a) el lugar del centro principal de sus negocios;

"4a) en ausencia de todas estas circunstancias, se reputará como domicilio la simple residencia."

"Artículo 6. Ninguna persona puede carecer de domicilio ni tener dos o más domicilios a la vez."

"Artículo 7. El domicilio de las personas incapaces sujetas a patria potestad, a tutela o curatela, es el de sus representantes legales; y el de estas el lugar de su representación."

"Artículo 8. El domicilio de los cónyuges existe en el lugar en donde viven de consuno. En su defecto, se reputa por tal el del marido."

"Artículo 9. La mujer separada judicialmente o divorciada conserva el domicilio del marido mientras no constituya otro. La mujer casada abandonada por su marido conserva el domicilio conyugal, salvo que se pruebe que ha constituido por separado, en otro país, domicilio propio."

"Artículo 10. Las personas jurídicas de carácter civil tienen su domicilio en donde existe el asiento principal de sus negocios."

"Los establecimientos, sucursales o agencias constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen."

"Artículo 11. En caso de cambio de domicilio, el ánimo resultará, salvo prueba en contrario de la declaración que el residente haga ante la autoridad local del lugar a donde llega; y, en su defecto, de las circunstancias del cambio."

Acerca de la ley competente para fijar el domicilio, expresa Haroldo Valladao⁸³ que la calificación internacional del domicilio le corresponde a la ley interesada, la ley invocada, la ley del sistema jurídico territorial de cuyo domicilio se trata, siendo el domicilio brasileño por la ley brasileña y el domicilio fuera de Brasil por la ley extranjera de su constitución.

Para que no resulte indebidamente razonada una aceptación de la ley del domicilio, es absolutamente preciso examinar los argumentos a favor y en contra, tanto del domicilio como de la nacionalidad. De esta manera, si se acepta el criterio del domicilio el sistema tratará de eliminar los inconvenientes que se establezcan.

En obvio de repeticiones, haremos una enumeración de las razones:

A favor del domicilio se argumenta:

1. Que las costumbres y medios en que el hombre vive realmente, determinan mejor su naturaleza, inclinaciones y necesidades que las circunstancias del lugar donde se efectúa el hecho pasajero del nacimiento.⁸⁴

⁸³ *Op. cit.*, Tomo I, p. 339.

⁸⁴ Véase a ZAVALA, Francisco J., *Elementos de Derecho Internacional Privado*, México, 1889, p. 86.

2. Que en el domicilio se forman casi todos los contratos y se contraen casi todas las relaciones, siendo por lo mismo más sencillo, cómodo y natural que a estas últimas leyes se les sujete de preferencia.⁸⁵

3. Que es más fácil conocer la ley del domicilio que la de la nacionalidad, sobre todo en casos de individuos que han pasado gran parte de su vida fuera de su patria y que es un término medio alejado por igual de la territorialidad y de la personalidad encerrada en la ley del Estado del cual es nacional.⁸⁶

4. Que hay permanencia y universalidad del hecho de la fijación de los individuos en un lugar.⁸⁷

5. Que se adapta mejor a las necesidades del individuo y del grupo social en que vive.⁸⁸

6. Que en caso de que no se pueda aplicar la ley de la nacionalidad, por carecerse de ella, habrá que aplicar la ley del domicilio, o sea que complementa idealmente a la ley nacional.⁸⁹

7. Que la ley del domicilio es ideal para resolver los problemas de individuos con más de una nacionalidad.⁹⁰

8. Que el domicilio es el lugar donde se vive, donde se tienen afectos, donde se adquieren costumbres, amistades, relaciones y donde se observan reglas a las cuales se ajustan la vida y la conducta del hombre. En el domicilio se adquiere la subsistencia, se celebran contratos y llevan a cabo negocios.⁹¹

9. Que el núcleo de la asociación política se forma por la población fija y la comunidad de vida social y política sólo puede verificarse bajo la condición de relaciones reales y efectivas.⁹²

10. Que constituye un sistema extraordinario para determinar la ley competente cuando en un país hay diferentes leyes internas.⁹³

11. Que tiene la ventaja sobre la nacionalidad que no se impone, no es ficticio, sólo se comprueba.⁹⁴

12. Que un individuo puede pasar toda su vida en un país distinto del de su nacionalidad.⁹⁵

13. Que la ley del domicilio es más cómoda porque su conocimiento es más accesible para los sujetos interesados y para los terceros.⁹⁶

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ Véase GARCÍA CALDERÓN, Manuel, *Op. cit.*, pp. 156 y 157.

⁸⁷ Véase a MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Op. cit.*, Tomo II, p. 173.

⁸⁸ *Idem.*

⁸⁹ Véase a NIBOYET, J. P. *Op. cit.*, pp. 567 y 568.

⁹⁰ *Idem.*

⁹¹ Véase a ALGARA, José, *Op. cit.*, p. 145.

⁹² Véase a FIORE, Pascual, *Derecho Internacional Privado*, traducción de A. García Moreno, México, 1894, Tomo I, p. 133.

⁹³ *Idem.*

⁹⁴ Véase a LAZCANO, Alberto, *Op. cit.*, pp. 189 y 190.

⁹⁵ Véase a NIBOYET, *Op. cit.*, p. 560.

⁹⁶ Véase a DERRUPPÉ, *Op. cit.*, p. 71.

14. Facilita la concordancia de la competencia legislativa y de la aplicación por el juez de su propia ley pues es generalmente el tribunal del domicilio el que está conociendo.⁹⁷

15. Que los países de inmigración necesitan del domicilio con objeto de alcanzar una cierta fusión de su población.⁹⁸

En contra de el sistema del domicilio se ha argumentado:

1. El ánimo de permanecer o retornar en un lugar es de difícil comprobación.⁹⁹

2. La prueba de la intención de residir, como la del dolo en el Derecho Penal, es tan difícil e importante que ha producido en Inglaterra la doctrina de la "tenacity" y la "revival of the domicile of origin"¹⁰⁰

3. Hay una amplia variedad legislativa en su concepción.¹⁰¹

4. Puede haber varios domicilio.¹⁰²

5. La ley del domicilio cambia con cada modificación del domicilio, lo cual va contra el objeto que persiguen las leyes referentes al estado y la capacidad, va en contra de la conveniencia de que el individuo conserve el mismo estatuto durante toda su vida.¹⁰³ Se juzga que la ley del domicilio es menos estable que la ley de nacionalidad.

6. Es difícil decidir si el domicilio debe ser el de la residencia principal o centro de los negocios de una persona.¹⁰⁴

7. En materia de domicilio, lo mismo que en materia de nacionalidad, cada soberanía determina, conforme a sus puntos de vista, las condiciones para adquirir y perder los diversos domicilio en su territorio. De aquí pueden resultar conflictos de domicilios, tanto positivos como negativos.¹⁰⁵

8. Es mucho más difícil determinar con certeza el domicilio de una persona que su nacionalidad, puesto que el domicilio depende mucho más de una intención que puede ser difícil probar, mientras que un cambio de nacionalidad puede casi siempre comprobarse por documentos oficiales.¹⁰⁶

9. "Si a la capacidad, a los derechos de familia, y a los de sucesión se les debe regir por el domicilio de la persona, al admitirse que ella pudiere regir por el domicilio de la persona, al admitirse que ella pudiere tenerlo múltiple, por tenerlo en Río Grande del Sur (Brasil), en Uruguay y en Corrientes, (Argentina) tres diversas residencias donde alternadamente vive o varios centros de ocupaciones habituales — están regidos al mismo tiempo, por tres legislaciones dife-

⁹⁷ *Idem.*

⁹⁸ Véase a WOLFF, Martin, *Op. cit.*, p. 99.

⁹⁹ Véase a LAZCANO, Alberto, *Op. cit.*, p. 187.

¹⁰⁰ Véase a VALLADAO, Haroldo, *Op. cit.*, p. 352 (Tomo I).

¹⁰¹ *Idem.*, p. 338

¹⁰² Véase a FIORE, Pascual, *Op. cit.*, pp. 89 y 90.

¹⁰³ Véase a NIBOYET, J. P., *Op. cit.*, p. 560.

¹⁰⁴ Véase a FIORE, Pascual, *Op. cit.*, pp. 132 y 133.

¹⁰⁵ Véase a NIBOYET, J. P., *Op. cit.*, p. 550.

¹⁰⁶ Véase a WOLFF, Martin, *Op. cit.*, pp. 99 y 100.

rentes, fracasando completamente el criterio domiciliario como solución de los conflictos de leyes.¹⁰⁷

Las objeciones que anteceden al sistema del domicilio obligan necesariamente, en caso de aceptar el criterio domiciliario, a superar las inconveniencias mediante las fórmulas que enseguida se expresan:

A) Dar un concepto de domicilio para centrar a nivel internacional una noción aceptable.

B) Facilitar la prueba del domicilio.

C) Evitar la pluralidad domiciliario:

D) Eliminar el subjetivismo en los elementos del domicilio.

No se puede tomar una decisión a favor de domicilio que tenga como punto de partida un desprecio al posible punto de conexión "nacionalidad". Este elemento de vinculación requiere ser estudiado.

Coinciden Adolfo Miaja de la Muela¹⁰⁸ y Manuel García Calderón¹⁰⁹ en que es el artículo 3o. del Código Napoleón el que, por primera vez, regula el estatuto personal de los franceses por la ley nacional, y su ejemplo fue seguido por parte de las legislaciones europeas, sobre todo desde que fue apoyada esta tendencia por la corriente doctrinal que encabezó Mancini. Conforme al artículo 3o. del Código Napoleón, las leyes francesas sobre estado y capacidad gobiernan a los franceses aunque residan en países extranjeros. Según nos informa Batiffol:¹¹⁰ la jurisprudencia francesa ha deducido del artículo 3o., línea 3, del Código Napoleón que el estatuto personal de los extranjeros en Francia está regido por la ley nacional. El texto legal sólo enuncia reglas para los franceses y los tribunales han considerado que implica un principio general que es aplicable también a los extranjeros.

En cuanto a la evolución de la nacionalidad como punto de conexión, Miaja de la Muela¹¹¹ expone que, desde el final de la primera guerra mundial se ha deteriorado la marcha ascendente de la ley nacional y se ha iniciado una corriente en sentido contrario, y que a partir del final de la segunda conflagración mundial ha caído en decadencia la ley nacional, sobre todo en los Convenios y proyectos elaborados en la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya y en algunas legislaciones internas. También acusa la apertura a otras conexiones personales, como la de residencia habitual o el centro de vida de una persona.

A la nacionalidad se le atribuye las siguientes ventajas:

1. Que la nacionalidad es una conexión más estable que el domicilio y que por ello es primordial para satisfacer la necesidad de una cierta permanencia del estatuto personal.¹¹²

¹⁰⁷ Véase a VALLADA, *Op. cit.*, Tomo I, p. 345.

¹⁰⁸ *Op. cit.*, Tomo II, pp. 172 y 173.

¹⁰⁹ *Op. cit.*, p. 159.

¹¹⁰ BATIFFOL, Henri, *Droit International Privé*, Tome I, Paris, 1975, p. 351.

¹¹¹ *Op. cit.*, Tomo II, pp. 172, 173 y 178.

¹¹² Véase a DERRUPÉ, *Op. cit.*, p. 71.

2. Que la experiencia demuestra que la determinación del domicilio, a causa de su elemento intencional, está sujeto a graves dificultades, falta de certidumbre que no ocurre con la nacionalidad.¹¹³

3. Que mediante el sistema de la ley nacional, las leyes están adaptadas al temperamento nacional. Que este es el argumento esencial de la doctrina de Mancini; que es exagerado pero que conserva algún valor para los países de civilización jurídica muy diferente.¹¹⁴

4. Que la ley de la patria de cada uno lo recibe bajo su protección desde el momento de nacer, tomando en cuenta el clima y demás circunstancias del país que influyen en la naturaleza y aptitudes del hombre, juzgando que es muy natural que esa misma ley siga rigiendo la aptitud y el estado de la persona en todas partes.¹¹⁵

5. Que el concepto de nacionalidad es más preciso y, a la vez idéntico en los distintos Estados, mientras que el domicilio es mucho más vago y, también diferente de Estado a Estado; que es fácil cambiar de domicilio, pero no así de nacionalidad.¹¹⁶

6. Que la nacionalidad es única mientras que fácilmente se pueden tener dos, o incluso más domicilios.¹¹⁷

7. Que hay un interés del Estado en mantener una vinculación permanente con súbditos radicados en el extranjero.¹¹⁸

8. Que en razón de las mayores facilidades para obtener el domicilio que la nacionalidad, las alteraciones del domicilio y las anomalías, casi siempre fraudulentas, la nacionalidad constituye vínculo más cierto, más seguro y menos sujeto a variación y falsas apreciaciones que el domicilio.¹¹⁹

9. Que el sistema domiciliario es un vestigio del feudalismo, que reduce al hombre a la condición de accesorio de la tierra.¹²⁰

10. Que los países densamente poblados, que proporcionan un gran contingente de emigrantes y cuya inmigración es escasa, tienen el mayor interés en adoptar la ley nacional, pues así aseguran la continuidad de sus vínculos jurídicos con sus nacionales expatriados, y proporcionándoles además un excelente medio de penetración a ciertos países.¹²¹

Se argumenta en contra de la ley nacional de la siguiente manera:

1. En los países de inmigración, la adquisición de la ley nacional en ciertas aglomeraciones, podría conducir a una aplicación demasiado frecuente y

¹¹³ *Idem.*

¹¹⁴ *Ibidem.*

¹¹⁵ Véase a ZAVALA, FRANCISCO J., *Op. cit.*, p. 89.

¹¹⁶ Véase a VOCINO, Michele, *Derecho Internacional Público y Privado*, Madrid, 1963, p. 110

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ Véase a GARCÍA CALDERÓN, Manuel, *Op. cit.*, p. 157.

¹¹⁹ Véase a ALGARA José, *Op. cit.*, p. 144.

¹²⁰ Véase a MIAJADE LA MUELA, Adolfo, *Op. cit.*, Tomo II, p. 173.

¹²¹ Véase a NIBOYET, J. P. *Op. cit.*, pp. 562 y 563.

constante del Derecho extranjero lo cual perjudicaría a la integridad de la ley del país.¹²²

2. Sería exagerado que un extranjero, a veinticinco años de residir en un país que no es el suyo, siguiese sometido a su ley nacional que ya le es extraña.¹²³

3. Es tan amplia la adopción de la ley nacional a la capacidad y el estado civil que la doctrina contempla excepciones como el orden público, el fraude a la ley, las calificaciones y el reenvió.¹²⁴

4. Se operan cambios en la nacionalidad, pluralidad de nacionalidades dentro de una sola familia, casos de apatrida. Se supone que en estas hipótesis el domicilio ofrece un criterio más seguro que el de nacionalidad.¹²⁵

5. En materia de comercio internacional, hay clientes y proveedores de países remotos, en esta situación, la ley del domicilio resulta mejor conocida y, en consecuencia, más apta para regular la capacidad de las personas.¹²⁶

6. En los países en que residen permanentemente un gran número de extranjeros hay numerosos casos de aplicación de Derecho extranjero, lo que es tarea difícil y enojosa para los tribunales.¹²⁷

7. La ley nacional no es apta para resolver los conflictos de leyes en las relaciones de familia cuando los sujetos interesados en la relación de estado civil tienen diferente nacionalidad.¹²⁸

No se agotan los posibles puntos de conexión en el análisis de domicilio y nacionalidad puesto que a su lado coexisten otros elementos vinculatorios como la residencia habitual y la residencia esporádica o lugar en que el sujeto se encuentra.

Desde el año de 1889 apuntaba Pascual Fiore¹²⁹ que podía darse el caso de un individuo sin ciudadanía y sin domicilio y que en ese caso se aplicaría la ley del país en donde residiera.

El gran jurista brasileño Haroldo Valladao¹³⁰ alude a la residencia con la observación de que ésta, de simple elemento material del domicilio voluntario, pasó en los últimos tiempos a elementos de conexión autónomo, de gran relevancia. Conceptúa la residencia¹³¹ como la habitación estable o la estadía durable, caracteriza la sede real de la persona al lado del domicilio que es la sede jurídica. La residencia es una estadía más o menos durable, no ocasional, en la que, se requiere tiempo y continuidad. Con estos dos elementos,

¹²² *Idem.*

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ Véase a MONROY CABRA, *Op. cit.*, p. 365.

¹²⁵ Véase a MIAJA DE LA MUELA, *Op. cit.*, Tomo II, p. 174.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ *Ibidem.*

¹²⁸ Véase a LEREBOURS-PIGEONNIERI, Paul y LOUSSOURN Yvon, *Derecho Internacional Privado*, 9ª Edición, Dalloz, 1970, p. 422.

¹²⁹ *Op. cit.*, pp. 134 y 135.

¹³⁰ *Op. cit.*, Tomo I, p. 359.

¹³¹ *Idem.*, p. 360.

se produce la residencia habitual de nuestros días. No es una simple estadía, una simple residencia, habitación o morada ocasional.

Valladao¹³² afirma que en la Revisión del Anteproyecto de Ley General sugirieron substituto el domicilio por la residencia habitual, criterio más efectivo y más auténtico, según su pensamiento.

Manuel García Calderón¹³³ se refiere a la residencia como concepto que reemplaza al domicilio con respecto a personas que no tienen domicilio establecido en otro lugar. Sostiene que esta tesis concuerda con la doctrina expuesta por Savigny sobre el particular que encontró cabida en el Código Civil de Chile, en la Ley de Introducción brasileña, en los Tratados de Montevideo de 1889 y de 1940 y en el Código Bustamante. Tanto en los Tratado de Montevideo como en el Código de Bustamante se agrega que, a falta de residencia, será tomado en cuenta el lugar donde temporalmente habite la persona.

El lugar en que una persona se encuentra, es también un punto de conexión, al que llama Valladao¹³⁴ una desesperada forma de localización de la persona que siempre está en tránsito, en viaje, adoptada en varias legislaciones, de carácter dinámica. Se refiere Valladao que hay el desenvolvimiento de una escala en cuatro puntos: domicilio, residencia habitual, simple residencia o estadía y lugar en que la persona se encuentra.

En su proyecto denominado "Ley General de Aplicación de Normas Jurídicas", Haroldo Valladao¹³⁵ en el párrafo único del artículo 20 establece: "La persona que no tiene domicilio en el Brasil (art. 19) ni en el exterior (art. 20) se considerará domiciliado en el lugar de la simple residencia o en aquel en que se encuentre."

Sánchez de Bustamante¹³⁶ manifestaba que la simple residencia en el territorio establece una nueva vinculación diferente a la disputa entre nacionalidad y domicilio, que esa conexión es menos intensa e importante que la nacionalidad o el domicilio.

Juan Antonio Carrillo Salcedo¹³⁷ hace consideraciones de gran interés sobre la residencia habitual: "en la residencia habitual, se ha visto un hecho material, exterior, comprobable, y se ha pensado además que frecuentemente, será el lugar en que el juez o la autoridad administrativa, van a ser requeridos para intervenir; con ello se espera, insiste Battifol, dar una solución única a los problemas de la jurisdicción competente y de la ley aplicable cuando se trata de proteger a una persona la ley local alcanza una relevancia que no es posible ignorar."

El mismo autor puntualiza los convenios de La Haya en los que se ha con-signado como ley competente la de la residencia habitual:

¹³² *Op. cit.*, Tomo II, p. 18.

¹³³ *Op. cit.* p. 159.

¹³⁴ *Op. cit.*, Tomo I, p. 361.

¹³⁵ *Op. cit.*, Material de Clase, pp. 111 y 112.

¹³⁶ *Op. cit.*, p. 149.

1. El Convenio de 24 de octubre de 1956, que tiene por objeto las obligaciones alimenticias en beneficio de los hijos menores y establece el principio de que la obligación alimenticia debida al hijo menor se encuentra regulada por la ley de la residencia habitual.

2. El Convenio de 5 de octubre de 1961, relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, que somete como principio general la protección de los menores a la ley de su residencia habitual.

3. Finalmente, el Convenio de 15 de noviembre de 1965, relativo a la competencia de autoridades sobre la ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, que también somete estas materias a la ley de la residencia habitual del adoptante.¹³⁸

Sobre la residencia esporádica de una persona en un territorio, afirma Carrillo Salcedo¹³⁹ que no es una buena conexión para determinar su estatuto personal.

Con el estudio que antecede de nacionalidad, domicilio, residencia esporádica, residencia habitual y lugar en que el sujeto se encuentra, tenemos ya las bases para elegir un adecuado punto de conexión en materia de existencia, estado civil y capacidad de las personas. No obstante, para tener un mejor conocimiento de causa, aún es necesario explorar las ideas doctrinales sobre el estado civil, existencia y capacidad de las personas. Este apartado resultó de una amplitud considerablemente mayor que la deseada pero, la problemática derivada de la elección de una ley competente en la materia de estado civil y capacidad obliga a ese análisis más lato.

Expone Niboyet que la capacidad es la aptitud de una persona para ejercitar los derechos cuyo disfrute le corresponde.¹⁴⁰ Previene que debe distinguirse entre la capacidad de disfrute y la capacidad de ejercicio de los derechos.

En concepto del jurista peruano Manuel García Calderón¹⁴¹ la capacidad de derecho es la facultad de todo ser humano de tener derechos y obligaciones, es decir, la capacidad de derecho, de goce o de disfrute, es la posibilidad de gozar de determinados derechos y de contraer determinadas obligaciones. En cambio, dice el mismo autor peruano,¹⁴² la capacidad de hecho es la capacidad para ejercer por sí mismo un derecho. Afirma que este tipo de capacidad "es el que está regido por la ley personal del individuo; que será la que determine, por ejemplo, si podrá por sí mismo ejercitar su derecho a la herencia o a contraer matrimonio. La capacidad de derecho se refiere a la posibilidad de ejercerla. La capacidad de hecho o de ejercicio es la de obrar, presupone siempre la capacidad de derecho.

¹³⁸ *Idem.*, p. 183.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 192.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, p. 555.

¹⁴¹ *Op. cit.*, p. 153.

¹⁴² *Idem.*, p. 154.

Para el autor mexicano Alberto G. Arce:¹⁴³ "la capacidad es la facultad que se tiene de ejercer derechos y hay que distinguir la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. La primera se refiere al problema de la condición de las personas y en particular a los extranjeros."

El insprivatista brasileño Haroldo Valladao¹⁴⁴ se refiere a la distinción entre la capacidad de derecho que está regulada siempre por la ley brasileña, y la capacidad de hacer. La capacidad de hacer, general, está regulada por la ley del domicilio. La capacidad de hacer, especial, para determinado negocio, como la adquisición de inmuebles, está regida por la ley que rija cada negocio, en el supuesto de inmuebles, la *lex rei sitae*. Nos informa que esta diferenciación recogida por los estatutarios holandeses pasó a través de éstos al Derecho angloamericano, donde aún perdura.

Valladao a severa que es preciso, como la ha sustentado desde largos años, hacer, en materia de capacidades, distinciones y subdistinciones, según la naturaleza del negocio. Así para la capacidad de contratar prefiere la *lex loci contractus*. Advierte que el Derecho Internacional Privado engloba un vasto y complejo conjunto de relaciones jurídicas mucho más amplio que el propio Derecho Civil, que no es posible subordinarlas todas a dos o tres principios fundamentales. Consta que el delegado de Estados Unidos, George H. Owen, en opinión disidente, propugna por "determinar la ley aplicable de acuerdo con la naturaleza de las diferentes transacciones o relaciones en las cuales la capacidad de las partes figura como un elemento". Concluye Valladao: ". . . en el asunto no es posible un criterio único y general siendo necesario hacer distinciones como Bartolo ya lo hacía en el siglo XIV y considerar otras soluciones. . ."

Como nos informa el jurista venezolano Gonzalo Parra Aranguren:¹⁴⁶

El Delegado de los Estados Unidos de América, señor George H. Owen, se abstuvo de adherir al 'Informe que acompaña el Segundo Dictamen adoptado por la mayoría de los Miembros del Comité sobre la Revisión del Código de Bustamante', por considerar inaceptables las conclusiones formuladas bajo los números: 3o., 4o. y Séptimo. En efecto, en los Estados Unidos de América la capacidad no es considerada como un "estado personal" y se rige, en principio, por la misma ley que regula el negocio en cuestión; y desde esta perspectiva sostuvo:

"Creo que corresponde mejor a la realidad jurídica de hoy y a la evolución actual del Derecho Internacional Privado de las Repúblicas americanas, determinar la ley aplicable a la capacidad según la naturaleza de las diversas transacciones o relaciones jurídicas en las cuales la capacidad de las partes figura como elemento. Al examinar el detalle de los problemas, las ventajas de hacer

¹⁴³ *Derecho Internacional Privado*, 4ª Edición, Talleres Linotipográficos de la Universidad de Guadalajara, p. 163.

¹⁴⁴ *Op. cit.*, Tomo I, p. 180.

¹⁴⁵ *Idem.*, p. 201.

¹⁴⁶ *La Revisión del Código Bustamante*, *Op. cit.*, p. 75.

prevalecer la ley del domicilio, evidentes en cuanto a las relaciones personales de naturaleza permanente que constituyen el estado civil, parecen discutibles cuando se trata de establecer una regla categórica para la simple capacidad de contratar que bajo ciertos aspectos, en lo que concierne a la capacidad para contraer matrimonio: contrato por razones obvias de naturaleza especial.”

En materias de capacidad, prevalece la idea de que al hombre no se le debe incapacitar, respecto de la capacidad general, por razones de raza, de sexo, de religión, de nacionalidad, de ideas políticas.¹⁴⁷

El estudio realizado de la capacidad nos lleva a considerar que deberá establecerse que la capacidad general se rige por la ley del domicilio, que será necesario determinar reglas relativas al domicilio para evitar las objeciones a ese punto de conexión, que deberemos reconocer la existencia de capacidades especiales, que no se permitirá la incapacitación por motivos discriminatorios, que se requiere una regla para regular la existencia, y la capacidad de las personas jurídicas y una regla relativa a los incapaces.

Los tratadistas del Derecho Internacional Privado al ocuparse del estado civil de las personas, principian por dar un concepto de la institución:

Pascual Fiore¹⁴⁸ expresa que: “El estado de la persona es el conjunto de las circunstancias o cualidades jurídicas que la ley atribuye al individuo considerado en sí mismo y en sus relaciones con la familia y el Estado . . . ciudadano y extranjero, casado o soltero; padre, hijo legítimo o natural; mayor o menor de edad; impedido, inhabilitado, emancipado.”

Para el jurista mexicano Francisco J. Zavala:¹⁴⁹ “El estado civil o privado de la persona comprende todas sus cualidades jurídicas, como de casado o soltero, de hijo legítimo, natural o espurio; de mayor o menor de edad; de ausente y sus demás aptitudes legales.”

Conforme al punto de vista de Niboyet:¹⁵⁰ “El estado de una persona se compone del conjunto de sus cualidades jurídicas. Está constituido por un cierto número de hechos, entre los que figuran como principales el nacimiento la edad, la emancipación, la interdicción, el matrimonio, el divorcio, la separación de cuerpos, la filiación y la patria potestad.”

Dice Alberto G. Arce¹⁵¹ que: “El estado de una persona es su manera de ser o estar en la sociedad o el conjunto de sus cualidades jurídicas. Relacionan con el estado principalmente el nacimiento, la edad, la emancipación, la sucesión, el matrimonio, divorcio, filiación y paternidad.”

De Orué y Arregui¹⁵² manifiesta: “Entiéndese por estado de una persona aquel conjunto de cualidades que constituyen su individualidad jurídica (soltero, casado, padre, hijo, etc.); . . .”

¹⁴⁷ a VALLADAO, Haroldo, *Op. cit.*, Vol. II, p. 156.

¹⁴⁸ *Op. cit.*, p. 116.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 85.

¹⁵⁰ *Op. cit.*, pp. 554 y 55.

¹⁵¹ *Op. cit.*, p. 163.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 946.

Para Batiffol:¹⁵³ “El estado de las personas engloba las reglas relativas a su identificación individual (nombre, domicilio, estado civil) y a sus relaciones de familia (matrimonio y filiación) abstracción hecho del régimen de bienes comprendido el régimen matrimonial y las sucesiones. . .”

Para Martin Wolff:¹⁵⁴ “El término estado, aunque muy en uso, no está libre de ambigüedad. Se emplea comúnmente para designar la categoría jurídica a la que pertenece una persona debido a su condición natural, tal como mente enfermiza, edad, o a su condición legal, tal como matrimonio o ilegitimidad.

En opinión del jurista peruano Manuel García Calderón:¹⁵⁵ “El término ‘estado’ expresa generalmente la suma de las cualidades que individualizan jurídicamente a las persona. Comprende hechos como el nacimiento, el sexo y la edad que son inherentes a la persona física, y situaciones que dependen ya sea de una relación familiar dada como la filiación legítima o ilegítima, la tutela o emancipación, de actos voluntarios del individuo como la interdicción o la curatela. . . El estado de la persona importa, por lo tanto, el conjunto de hechos que como producto de condiciones físicas o familiares, están revestidos de consecuencias jurídicas y que se refieren primordialmente, al principio y fin de la personalidad, a las relaciones familiares y sucesorales.”

El jurista colombiano Marco Gerardo Monroy Cabra¹⁵⁶ determina que: “El estado se compone de un conjunto de calidades jurídicas que constituyen la individualidad jurídica. Está integrado por una serie de hechos, tales como nacimiento, matrimonio, divorcio, etc.”

Adolfo Miaja de la Muela¹⁵⁷ recoge el concepto de De Castro sobre estado civil y que lo considera como: “la cualidad jurídica de la persona por su especial situación (y consiguiente condición de miembro) en la organización jurídica, y que, como tal caracteriza su capacidad de obrar y el ámbito propio de su poder y responsabilidad. “Sostiene Miaja de la Muela que del estado deriva, más que la capacidad en sentido genérico, una de sus modalidades: la capacidad de obrar, o de ejercicio para realizar determinados actos.”

El jurista argentino Alberto Lazcano¹⁵⁸ asevera que: “El estado es el conjunto de las condiciones o cualidades jurídicas que dan una posición en la familia (estado civil) o en la sociedad (estado político).”

Establecido el concepto de estado civil, es procedente establecer las ideas doctrinales tendientes a determinar la norma jurídica competente para regir el mencionado estado civil.

Sobre el particular, Pascual Fiore¹⁵⁹ se refiere a la necesidad de que sea una ley única la que determine en el Derecho Internacional Privado el estado ci-

¹⁵³ *Op. cit.*, 352.

¹⁵⁴ *Op. cit.*, pp. 265 y 266.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 153.

¹⁵⁶ *Op. cit.*, p. 363.

¹⁵⁷ *Op. cit.*, Tomo II, p. 171.

¹⁵⁸ *Op. cit.*, p. 188.

¹⁵⁹ *Op. cit.*, p. 76.

vil: "Todos reconocen que es necesario determinar el estado jurídico de una persona por una ley única, para evitar el inconveniente de un estado mutable. . . toda la dificultad, sin embargo, consiste en determinar cuál es la ley a que se halla sometida la persona de un modo permanente, y en este punto no están de acuerdo los autores."

Respecto de la ley que debe regular el estado de las personas, Miaja de la Muela¹⁶⁰ dice que "esta ley debe tener un carácter permanente: no se concibe que un individuo sea considerado mayor de edad en un país y menor en otro, o que el incapacitado para un acto por el legislador con que se encuentra más íntimamente conectado tenga bastante con pasar una frontera para sustraerse a la incapacitación. Por territorial que sea un sistema de normas de conflicto, siempre hace alguna conexión en este sentido a la extraterritorialidad de leyes extranjeras reguladoras del estado y capacidad de las personas. Ningún Estado pretende regular, al menos en su totalidad la capacidad y estado del extranjero que ocasionalmente pisa su territorio, es decir, del que no se encuentra conectado con él por su nacionalidad o su domicilio."

Acerca de la ley aplicable al estado civil, Niboyet¹⁶¹ afirma que en la época en que la uniformidad legislativa no existía, "la ley aplicable era la del domicilio, centro de los intereses de la persona. Pero el acuerdo cesaba en cuanto se trataba de asignar a la ley del domicilio su verdadero fundamento y de precisar el contenido de la misma. . ." "En Derecho Antiguo se seguía la ley del domicilio en materia de estatuto personal. Había una razón para ello: el defecto de legislación uniforme en el interior del Estado, por lo cual era necesario establecer, vínculo entre los individuos y un lazo determinado, ya fuese su domicilio actual, ya fuese su domicilio de origen. La misma dificultad se presenta actualmente en aquellos Estados modernos en el interior de los cuales existen conflictos interprovinciales."

En materia de estado civil, el pensamiento del ilustre jurista brasileño Haroldo Valladao, por sus ideas renovadoras, resulta de consulta obligada.¹⁶² Para él: "En las teorías modernas los conflictos de leyes en materia de derechos de familia obedecen a dos grandes sistemas. El primero, plural, analítico de Story: casamiento, ley del lugar de celebración, relaciones personales y divorcio, ley del domicilio conyugal con *lex fori*; régimen de bienes autonomía y si falta, inmuebles *lex rei sitae* y muebles ley del domicilio conyugal. El segundo sistema, unitario, sintético, presenta un sólo y global principio para todas las relaciones de familia ley del domicilio para Savigny y ley de la nacionalidad para Mancini y la escuela franco-belga, ley personal (nacional). . ."

Sigue Valladao: "Evidentemente esa orientación es totalitaria y absurda: los derechos de familia constituyen un largo estuario jurídico donde desaguan normas de las más variadas, desde las dominadas por la autonomía, forma,

¹⁶⁰ *Op. cit.*, Tomo II, p. 172.

¹⁶¹ *Op. cit.*, Tomo II, p. 172.

¹⁶² *Op. cit.*, Tomo II, pp. 3844.

régimen de bienes, hasta las de riguroso orden público internacional, impedimentos, divorcio, pasando por los intermedios de orden público internacional, capacidad del marido y la mujer, etc. . .”

“Sería forzar la naturaleza de las cosas comprender todas esas normas en un sólo y restrictivo canal o representar en una sola llave para los numerosos salones, salas y cuartos de este palacio legislativo intitulado ‘derecho de familia’.”

“Fijarán, así, los partidarios de la ley persona única fuera de la realidad, obligados a establecer varias y frecuentes excepciones a los dogmas de la nacionalidad y del domicilio. Y en verdad fracasarán, pues, las leyes, la jurisprudencia, la práctica preferirán el sistema múltiple, adoptando, en los derechos de familia, muchas reglas y excepciones, con otros criterios: lugar del acto, autonomía, residencia habitual, ley más favorable y *lex fori*.”

Más adelante agrega Valladao:¹⁶³ “El problema surgirá y se agravará con el establecimiento de un principio único, verdadero dogma, de expansión y valor universales, nacionalidad o domicilio, para resolver todos los conflictos de leyes, en particular acerca de las relaciones familiares, que son normalmente recíprocas, indivisibles pero se constituyen a través de más de una persona, y así con una posibilidad de existencia entre sus miembros de diferentes nacionalidades o domicilios y, pues, como una exclusión de nuevos conflictos, ahora, de las respectivas leyes personales, nacionales o domiciliarias.”

“Al principio, a mediados del siglo XIX, cuando aparecieron en Europa, las teorías universalistas, el problema no tenía importancia, pues para Savigny y para Mancini el domicilio y la nacionalidad eran siempre unas y en todos los pueblos lo mismo: el domicilio y la nacionalidad del marido y del padre.”

“Más luego en América Latina donde la mujer y el hijo tienen nacionalidad diversa de la del marido o del padre; y más tarde en los Estados Unidos donde se da a la mujer y después al hijo domicilio propio, desligado del de su marido y del padre — el problema se torna agudo y difícil, pues sería necesaria una opción entre las diversas leyes personales, nacionalidad y domiciliarias del marido y de la mujer del padre y del hijo”.

“La unidad de la familia pedía un elemento de conexión encima de los elementos de conexión peculiares de sus miembros.”

“En antiguo y absoluto criterio de la ley del marido o del padre no podía perdurar más, seguía como un nuevo reglamento de ser el marido o el padre el jefe de la familia, posición, poder, a depender de cada ley civil.”

“La solución estaría, y la propusimos desde 1936 y la defendimos en el Instituto de 1952 a 1956 y la divulgamos en la Academia de La Haya en 1952 y en 1971, en la busca de un elemento de conexión subsidiaria, complementario, neutro, común que conceptuamos como la ley propia de la familia, que sería para una familia plurinacional, la ley del domicilio conyugal, para una familia pluridomiciliar, la ley de la residencia común, y al final, en casos es-

¹⁶³ *Idem.*, 142 y 43.

porádicos, la ley de la nacionalidad, del domicilio, de la residencia del interesado que coincidiese con la *lex fori*, o sea del nacional, del domiciliado, del residente del mismo Estado del foro.

“Ultimamente evoluciona en el sentido de seguir, para la filiación en todas sus formas y para los alimentos, la ley más favorable al hijo o al alimentado y de admitir también la adaptación.”

Finalmente, en la posguerra, se consolida la independencia de la mujer, y la ley del padre o del marido va a desaparecer en Derecho Internacional Privado doctrinario, jurisprudencial, legislativo e internacional, substituido por la ley del domicilio o de la residencia común o por la *lex fori* de preferencia combinada con la nacionalidad, el domicilio o la residencia de uno de los interesados.”

Dentro del estado civil de las personas se juzga que no habrá discrepancia en cuanto a que los actos del estado civil de los nacionales ocurridos en el extranjero puedan ser llevados a efecto ante los agentes consulares y diplomáticos.

30. *Efectos jurídicos de actos realizados en el extranjero*

Doctrinalmente, jurisprudencialmente, legislativamente y en los tratados internacionales se ha permitido que los actos realizados en el extranjero produzcan efectos jurídicos en país distinto a aquel en el que los actos se celebraron o iniciaron la producción de las consecuencias de derecho, sin más limitación que no afecten al orden público o que den pábulo al fraude a la ley. Así lo consideraba Valladao¹⁶⁴ en el artículo 78 del Anteproyecto de Ley General de Aplicación de las Normas Jurídicas, al establecer:

“Son reconocidos en Brasil derechos adquiridos en el extranjero, de buena fe, en virtud de acto o sentencia allí realizados de acuerdo con el derecho extranjero vigente, salvo si fuera caso de competencia exclusiva del derecho brasileño, y observadas siempre las reservas establecidas en el artículo 79.”

El artículo 79 del proyecto mencionado establece como reservas la soberanía nacional, el orden público, la equidad, la moral o las buenas costumbres.

En el Código de Bustamante también se respetaban los derechos adquiridos admitiéndose que produjesen efectos jurídicos los actos realizados en el extranjero. El artículo 80. del citado Código establece lo siguiente:

“Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código, tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes, salvo que se opusiera alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional.

“Con las bases anteriores, el anteproyecto de normas generales de Derecho Internacional Privado recogerá una norma general que permita la producción de efectos jurídicos con las limitaciones ya referidas.”

¹⁶⁴ *Op. cit.*, Tomo I, p. 544.

31. Bienes muebles e inmuebles

El jurista brasileño Haroldo Valladao¹⁶⁵ hace referencia a la evolución de la regla aplicable a los bienes dentro del Derecho Internacional Privado y menciona que el principio de la ley de la situación "lex rei sitae" era la disposición más segura y común respecto de los bienes inmuebles. Nos informa que en la escuela estatutaria, Bartolo aplicaba a los bienes inmuebles la ley del lugar de la respectiva situación, sin referirse a los muebles. A éstos Baldo los sometía a la ley del domicilio del propietario. En la escuela francesa, secundada por la holandesa, la aplicación de la lex rei sitae era expresión de soberanía territorial. A los muebles se les seguía aplicando la ley del domicilio del propietario. Story aplicó la lex rei sitae para los inmuebles con inclusión de la capacidad, la forma y el fondo de los contratos sobre los inmuebles y a los derechos para transmitirlos. Para los muebles también admitió la ley del domicilio del propietario.

Conforme al criterio de Martin Wolff¹⁶⁶ la determinación que corresponde a un bien para considerarlo como mueble o inmueble corresponde a la ley de situación del bien. Derruppé¹⁶⁷ afirma que está unánime y universalmente admitido que los bienes se rigen por la ley de su situación y esta máxima la hace extensiva a muebles e inmuebles. Acerca de la vigencia de la lex rei sitae, el mismo Martin Wolff¹⁶⁸ sostiene que esa regla ha llegado a convertirse en el derecho común de todos los países europeos. Respecto de los muebles considera que la opinión continental moderna se inclina porque la misma norma regula los derechos sobre muebles y que el principio de la lex domicilii ha sido aplicado en tiempos recientes sólo en unas pocas situaciones: 1. — Cuando las cosas no tenían situs real, por ejemplo, un barco en alta mar. 2. — En los casos de cesiones generales (universales). 3. — Tratándose de la capacidad para disponer la propiedad mueble. Afirma que las leyes continentales modernas han reemplazado prácticamente en todas partes la regla mobilia personam sequuntur por la regla del situs.

Sostienen Paul Lerebours-Pigeonniers e Yvon Laussouarn¹⁶⁹ que el carácter nacional de la liga de los inmuebles a la ley rei sitae jamás ha estado en duda. Consideran que el interés privado y el interés político del Estado están en esto de acuerdo. Que el crédito, la seguridad de las transacciones demandan que el público sea informado sobre el estado de la propiedad territorial. Estima que la ley de la situación es la única que es determinable por un tercero. Juzgan que el inmueble es un elemento del territorio, base del poder del Estado. Los intereses políticos del Estado no permitirían que otra ley rigiera la condición del suelo.

¹⁶⁵ *Op. cit.*, Tomo II, p. 157.

¹⁶⁶ *Op. cit.*, p. 479.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, p. 84.

¹⁶⁸ *Op. cit.*, p. 482.

¹⁶⁹ *Op. cit.*, pp. 408 y 409.

Expone Ramón de Orué y Arregui¹⁷⁰ como fundamento de la *lex rei sitae* que el territorio es uno de los elementos integrantes del Estado, base primordial de su riqueza, y que por ello se le reconoce a su favor el exclusivo privilegio de dictar reglas sobre la propiedad en él situada, considerando a ésta con un carácter marcadamente público. En lo relativo a inmuebles la ley territorial no puede ceder ante la aplicación de una ley extranjera.

En cuanto a la esfera de aplicación de la *lex rei sitae*, Niboyet¹⁷¹ precisa que la regla correspondiente rige: a) los modos voluntarios de adquirir la propiedad; b) los modos legales de adquirir la propiedad: prescripción, usurpación, protección de derechos de buena fe y posesión; c) los derechos reales, privilegios, prenda, derechos de retener, hipoteca, servidumbre y otros derechos reales; determina cuáles son los derechos reales, cómo nacen, se publican y se extinguen, así como los efectos que producen. Sin embargo, señala como límites: 1a. La capacidad de los individuos que contratan acerca de un inmueble; 2a. La forma extrínseca de los actos referentes a inmuebles; 3a. Los contratos relativos a los inmuebles y a los muebles.

Sobre el alcance de la regla *lex rei sitae*, Valladao¹⁷² opina que corresponde a esta regla clasificar los bienes en muebles e inmuebles, consumibles o no consumibles, fungibles o no fungibles, principales y accesorios en el comercio o fuera del comercio. Concluye que cabe principalmente a la *lex rei sitae* regular todos los derechos incluidos en el derecho de las cosas, o sea, la extinción de la propiedad, de la posesión, en fin de los derechos reales. Estima que esa ley disciplinará los modos de transmisión y pérdida de la propiedad, muebles o inmuebles, en especial la usucapión o prescripción adquisitiva.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889, en el artículo 26, determinó que los bienes, cualquiera que sea su naturaleza son exclusivamente regidos por la ley del lugar donde existen en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenación absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles.

El Código Bustamante de 1928, en el artículo 105, estableció que los bienes, sea cual fuese su clase, están sometidos a la ley de la situación. El artículo 112 señaló que es aplicable la ley territorial para distinguir entre bienes muebles e inmuebles, sin perjuicio de los derechos adquiridos por terceros. El artículo 113 sujetó a la propia ley territorial las demás clasificaciones jurídicas de los bienes.

El Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en el artículo 32 reprodujo el anteriormente citado artículo 26 del Tratado de 1889. A su vez en el artículo 34 estipuló que el cambio de situación de los bienes muebles no afecta a los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 512.

¹⁷¹ *Op. cit.*, pp. 488 y 489.

¹⁷² *Op. cit.*, Tomo II, p. 162.

obligados a llenar los requisitos de fondo y de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición y conservación de tales derechos.

32. *Forma extrínseca de los actos*

El jurista peruano Manuel García Calderón¹⁷³ reitera la aceptación universal de que la regla "locus regit actum" rige la forma externa de los actos. Considera que el reconocimiento de que la forma externa de los actos se rige por la ley del lugar donde el acto se celebra ha sido obra de la costumbre. En términos similares se produce Niboyet.¹⁷⁴

Sobre la prevalencia universal de la *lex rei sitae* para la forma estrínseca de los actos nos dice Miaja de la Muela¹⁷⁵ que en la doctrina contemporánea, Frankenstein ha impugnado la regla de referencia pero, que para la inmensa mayoría de los juristas es una norma que, por sólidas razones de carácter práctico, está casi universalmente admitida, aunque con muy diferentes características en cada legislación respecto a su ámbito y obligatoriedad.

En cuanto al fundamento de la regla *lex rei sitae*, Miaja de la Muela¹⁷⁶ dice que se funda en razones de índole práctica, de comodidad de quienes pretenden realizar un negocio jurídico más o menos solemne. Estima que es útil y que brinda a las partes la responsabilidad de acogerse a una ley que está a su alcance inmediato. Opina que a veces es necesaria por la diversidad de nacionalidad de los contratantes o por no existir en el lugar la institución o el medio indispensable para cumplir con la formalidad prescrita en la ley nacional.

El apoyo de la regla *locus regit actum* lo encuentra Niboyet¹⁷⁷ en una verdadera necesidad práctica: es preciso que un individuo pueda hacer válidamente ciertos actos en el extranjero utilizando para ello formas vigentes en el lugar donde se encuentra. Hay ciertos hechos determinantes de esta regla: a) ignorancia en que se encuentran las partes respecto de su propia ley; b) imposibilidad de hacer en un lugar un auténtico acto en forma distinta de la que se utiliza en el mismo, ya que se necesita la intervención de funcionarios públicos.

De Orué y Arregui¹⁷⁸ afirma que un orden utilitario, evita redactar los instrumentos con arreglo a la forma de todos aquellos países donde hayan de surtir efectos.

La aceptación debidamente fundada de la regla de que los actos se rigen en cuanto a su forma por la ley del lugar de su celebración no impide que facultativamente pueda seguirse por los contratantes la ley de su propio país, mediante el expediente de acudir a sus representantes diplomáticos o consulares

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 134.

¹⁷⁴ *Op. cit.*, p. 515.

¹⁷⁵ *Op. cit.*, Tomo II, p. 200.

¹⁷⁶ *Op. cit.*, Tomo II, p. 201.

¹⁷⁷ *Op. cit.*, p. 517.

¹⁷⁸ *Op. cit.*, p. 543.

acreditados en el país de celebración del acto y que pueden desempeñar atribuciones notariales.

Al respecto, Manuel García Calderón¹⁷⁹, alude al artículo 403 del Código Civil del Perú que resulta: "Merecen fe los instrumentos públicos otorgados en país extranjero con sujeción a las leyes del país en que se extendieron, si están legalizados."

Textualmente, expresa Miaja de la Muela:¹⁸⁰ "Claro es que, para quien pretende que el negocio que va a realizar surta sus efectos jurídicos en país diferente al del otorgamiento, lo realmente decisivo es la validez que puede tener en ese país, y el sujetarse a la forma loci puede acarrear la ineficacia del acto. El más fácil remedio será otorgar ante los agentes diplomáticos o consulares de su propio país, que fuera de él ejercen funciones notariales.

En concepto de Niboyet¹⁸¹ los agentes consulares y diplomáticos confieren autenticidad al acto, pero aplican no la forma del lugar donde se realiza sino la del país que representan.

33. *Declaraciones de voluntad*

En una fórmula sumamente sencilla nos dice Derrupé¹⁸² que las obligaciones contractuales son sometidas a la ley expresamente o implícitamente escogida por los contratantes, a esta ley se le llama ley de la autonomía y es producto de las declaraciones de voluntad de los contratantes.

También en forma breve, Niboyet¹⁸³ se refiere al derecho reconocido a las partes para elegir la ley competente en la materia contractual, facultad que se les niega en otras materias.

Para Manuel García Calderón¹⁸⁴ "la práctica universal ha admitido la autonomía de la voluntad de las partes para determinar la ley aplicable a la relación contractual". Más adelante agrega que la teoría de la autonomía de la voluntad ha sido objetada, afirmándose que la libertad de las partes para determinar la ley que debe gobernar la validez del contrato, les permitiría evadir las disposiciones compulsivas que imperarían en el caso de no haberse permitido esa libre determinación. Concluye que no se niega la existencia de esa posibilidad de las partes, que la cuestión se reduce a determinar los límites que deben imponerse a su ejercicio

Haroldo Valladao¹⁸⁵ sostiene que el Derecho Internacional Privado positivo ha adoptado desde su orígenes, la posibilidad de que la voluntad individual, expresa o tácita, tenga la facultad de escoger la ley competente en ciertas materias por ejemplo, régimen de bienes en el matrimonio; substancia y efectos

¹⁷⁹ *Op. cit.*, p. 136.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, Tomo II, p. 202.

¹⁸¹ *Op. cit.*, p. 528.

¹⁸² *Op. cit.*, p. 89.

¹⁸³ *Op. cit.*, p. 662.

¹⁸⁴ *Op. cit.*, p. 250.

¹⁸⁵ *Op. cit.*, Tomo I, p. 363.

de las obligaciones, sucesiones principalmente testamentos, competencia judicial. A la voluntad individual le atribuye el carácter de elemento de conexión personalísimo y manifiesta que tradicionalmente se le ha conocido como el principio de la autonomía de la voluntad, denominado por Bustamante como autarquía personal.

Anota Míaja de la Muela¹⁸⁶ que gran número de legisladores permiten a los interesados optar entre dos o más leyes por la aplicable. Se refiere a que una poderosa corriente doctrinal y jurisprudencial patrocina la libertad de los contratantes para sujetar el contenido del negocio a la ley que prefieren, llegando a admitir que, a falta de voluntad expresa que haga esta elección, será válida la que resulte de una voluntad tácita o presunta.

En apoyo de la autonomía de la voluntad se ha invocado que se trata de un principio que se ha consagrado de hecho casi universalmente.¹⁸⁷ Sin embargo, se le han hecho diversas críticas, entre ellas:

A) Se favorece el fraude cuando se deja a la libre decisión de los contratantes la elección de la ley.¹⁸⁸

B) Hay incertidumbre si falta la designación de la ley aplicable por la partes.¹⁸⁹

C) Las partes escogen la ley que regirá sus relaciones pero la ley decide qué relaciones son regidas por ella.¹⁹⁰

D) Un contrato no es obligatorio sin una ley que lo sancione.¹⁹¹

E) La ley pierde su autoridad si ella permite que los contratantes escapen de ella.¹⁹²

F) La voluntad de las partes no puede escoger la respectiva ley reguladora, por ser función de naturaleza pública.¹⁹³

G) La voluntad depende de una ley que califica y habría un círculo vicioso si la voluntad eligiese tal ley.¹⁹⁴

La superación de estas objeciones se ha de obtener mediante el señalamiento de límites a la autonomía de la voluntad.

Dentro de ese propósito, Willis Reese¹⁹⁵ entiende que debe permitirse a las partes escoger el derecho material aplicable al contrato pero siempre y cuando entre los ordenamientos internos haya algún "contacto" con el negocio en cuestión.

¹⁸⁶ *Op. cit.*, Tomo II, p. 209.

¹⁸⁷ Véase a SIMON-DEPITRE, *Droit International Privé*, París, 1964, Librairie Arnaud Colin, pp. 166 y 167.

¹⁸⁸ *Idem.*

¹⁸⁹ *Ibidem.*

¹⁹⁰ *Ibidem.*

¹⁹¹ *Ibidem.*

¹⁹² *Ibidem.*

¹⁹³ Véase a VALLADAO, Tomo I, *Op. cit.*, p. 367.

¹⁹⁴ *Idem.*

¹⁹⁵ Citado por MIAJA DE LA MUELA, Tomo II, p. 216.

Para Orué y Arregui¹⁹⁶ la voluntad de las partes se respetará mientras no atente contra la moral y las buenas costumbres. Como límites de la voluntad de las partes, marca Wolff¹⁹⁷ los siguientes: a) el orden público; b) las partes sólo pueden elegir un sistema jurídico existente, no uno que ya no esté en vigor, ni un anteproyecto, ni un sistema inventado libremente; c) la norma elegida debe estar conectada con el negocio de las partes.

Considera Derruppé¹⁹⁸ que existen excepciones a la ley de la autonomía, a saber: a) la capacidad de contratar se rige por la ley nacional; b) la forma del contrato se rige por la regla *locus regit actum*; c) el régimen de bienes se regula por la ley real; b) las disposiciones que aseguran la política del contrato (ley local, ley del lugar donde se realiza la relación de hecho resultante del contrato).

Pretende Derruppé¹⁹⁹ que la ley elegida por las partes regulará las reglas de fondo que conciernen a:

1. La formación del contrato: límites de la libertad contractual, modalidades del consentimiento y vicios del consentimiento y sanción a las reglas de formación (nulidad).

2. Los efectos del contrato: interpretación, fuerza obligatoria responsabilidad contractual, resolución, excepción de inejecución, ejecución y extinción de la obligación y prescripción extintiva.

Sobre los límites de la autonomía de la voluntad, refiere J. P. Niboyet²⁰⁰ que la voluntad no puede crear Derecho contra de la ley, ya que su radio de acción es limitado. Expresa que la voluntad de los contratantes no está elevada al rango de poder soberano paralelo al del legislador; las partes no tienen más que cierta libertad para estipular dentro de los límites fijados por la ley competente. Cuando utilizan dicha libertad, actúan dentro de los límites de la misma. En suma, dice Niboyet, "las partes no tienen nunca la menor autoridad si entendemos por ésta la facultad de elegir una ley competente; no tienen que resolver por sí mismas un conflicto de leyes. La ley extranjera no interviene más que en calidad de derecho material, y no a título de derecho internacional". Sostiene el mismo autor: "No se ha tenido en cuenta esta verdad primordial: que la voluntad de las partes no es nunca superior y ni siquiera paralela a la ley, debiendo siempre actuar dentro del círculo admitido por la legislación competente. . . no puede nunca ejercerse contra la ley. . . lo que la voluntad no puede hacer en Derecho interno tampoco puede hacerlo en Derecho Internacional." En otra parte de su obra reafirma Niboyet:²⁰¹ ". . . la autoridad de las leyes imperativas, que, en esta materia, lo mismo que en las demás, tiene que ser respetada por los particulares."

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p. 524.

¹⁹⁷ *Op. cit.*, p. 398.

¹⁹⁸ *Op. cit.*, p. 92.

¹⁹⁹ *Idem.*, p. 91.

²⁰⁰ *Op. cit.*, pp. 673, 675 y 676.

²⁰¹ *Idem.*, p. 656.

Puntualiza Niboyet²⁰² las materias excluidas de la libertad de estipulaciones de los gobernados:

1. La capacidad, regida por la ley nacional o la ley del domicilio.
2. La forma de los actos, regulada por la regla *locus regit actum*.
3. La inexistencia del conflicto de leyes. La voluntad de las partes no basta para internacionalizar un contrato para sustraerse a las reglas imperativas del Derecho interno.
4. Los contratos no comprendidos en el Derecho Privado, como los de trabajo marítimo, terrestre, bolsa, seguros sociales, sociedades, etc.
5. Donaciones y sucesiones inoficiosas.
6. Los contratos que afectan el orden público.

Conforme al criterio de Alberto G. Arce,²⁰³ el contrato internacional supone por lo menos la aplicación posible de dos leyes. Estima que hacer a un lado el Derecho nacional para hacer imperar la voluntad de los contratantes, Derecho extranjero, equivale a darle valor a lo que es contrario a la prohibición de la ley interna y en su concepto esto no puede admitirlo ninguna legislación.

Los límites a la autonomía de la voluntad los expresa Ramón De Orué y Arregi:²⁰⁴ "Suelen incluirse en los Códigos ciertas disposiciones imperativas, prohibitivas, emanadas directamente de la voluntad del legislador, estrictamente obligatorias para las partes contratantes; de forma que cualquier Estado en que se celebre un acto jurídico o convención tiene competencia para salvaguardar sus intereses limitando la libre voluntad de las partes."

M. Simon-Depitre²⁰⁵ establece como restricción a la autonomía de la voluntad la exigencia de la ley que las partes elijan tenga relación con el contrato y por otra parte, cita el orden público.

Dos son las condiciones que fija Miaja de la Muela para la operación de la autonomía de la voluntad de las partes:²⁰⁶ 1. que la regla conflictual no establezca la aplicación de una ley distinta a la elegida por las partes; 2. que los resultados a que conduzcan la ley elegida por las partes resulten admisibles, es decir que los efectos de esa ley de elección no sean contrarios al orden público.

El jurista brasileño Haroldo Valladao²⁰⁷ considera que la voluntad de los particulares sólo en la elección de una norma cuando una ley de Derecho Internacional Privado autoriza a proceder así, dándole esta facultad.

El Código Bustamante consagró la autonomía de la voluntad en los siguientes términos:

"Artículo 166. Las obligaciones que nacen de los contratos, tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos, salvo las limitaciones establecidas en este Código."

²⁰² *Ibidem*, pp. 662, 664 y 665.

²⁰³ *Op. cit.*, p. 187.

²⁰⁴ *Op. cit.*, p. 523.

²⁰⁵ *Op. cit.*, pp. 172 y 173.

²⁰⁶ *Op. cit.*, Tomo II, p. 212.

²⁰⁷ *Op. cit.*, Tomo I, p. 367.

34. *Reenvío*

En el reenvío hay un debate doctrinal, legislativo y jurisprudencial que fluctúa entre su admisión y su rechazo. En un anteproyecto de normas generales de Derecho Internacional Privado es imprescindible un pronunciamiento a favor o en contra con el objeto de admitirlo o rechazarlo y para evitar que en cada convención especializada se vuelva a plantear la controversia alrededor de este parámetro.

Acerca de la controversia doctrinal, apunta el jurista peruano Manuel García Calderón:²⁰⁸ "La teoría del reenvío ha sido atacada y defendida por la doctrina. Cuenta entre sus adversarios a Bartin, Despagnet, Kahn, Lainé, Labbe, Pillet, Valery y Zitelman. En favor de ella se han pronunciado Bar, Colin, Fiore Frankenstein, Melchior, Nussbaum, Weiss y Wolff."

Sobre el estado actual del debate en la doctrina nos ilustra Adolfo Miaja de la Muela.²⁰⁹ "En la doctrina, inversamente, ha aumentado en estos últimos años el número de los partidarios del reenvío. Caso significativo es el de Niboyet, en la primera etapa de su vida científica contrario a esta solución, que años más tarde habría de defender, lo mismo que otros juristas franceses actuales, tales Lerebours-Pigeonniere, Batiffol y Savatier, al igual que la mayor parte de los internacionalistas alemanes, e ingleses, y entre nosotros Trias de Bes, Gestoso Tudela, Goldschmidt y Aguilar, así como varios hispanoamericanos. Adversa al reenvío es en su mayor parte la doctrina italiana (Anzilotti, Fedozzi, Pacchioni), de la que es magnífico exponente el capítulo dedicado por Ago a esta cuestión, y algunas autores aislados como Lewald y Yanguas Messía."

Por lo que hace a las tendencias legislativas sobre el reenvío, Miaja de la Muela²¹⁰ nos proporciona los siguientes datos:

Ley polaca de 1926, artículo 36: "Cuando la presente ley reconozca para reglamentar una relación jurídica dada al derecho de un Estado a título de ley nacional de un extranjero, y según este Derecho debe ser aplicaba otra ley, esta última será aplicada en Polonia." Hay un rechazo del reenvío.

Código griego de 1940, artículo 32 ". . . en el Derecho extranjero aplicable no están comprendidas las reglas de Derecho Internacional Privado del Estado extranjero."

Código italiano de 1938, artículo 20: "Cuando según los artículos precedentes deba ser aplicada una ley extranjera, se aplicarán las disposiciones de dicha ley, sin tener en cuenta el reenvío que ésta pueda hacer a cualquier otra ley."

Martin Wolff hace serias objeciones a la admisión de la doctrina del reenvío:²¹¹

²⁰⁸ *Op. cit.*, p. 117.

²⁰⁹ *Op. cit.*, Tomo I, pp. 286 y 287.

²¹⁰ *Idem.*

²¹¹ *Op. cit.*, pp. 189, 190 y 191.

a) En lugar de establecer sin reservas que la ley es la aplicable a una serie dada de hechos, la doctrina del reenvío hace tal razón dependiente de la opinión mantenida en esta cuestión por el Derecho extranjero al cual señala.

b) Se tilda a la doctrina del reenvío de incierta, ambigua y valiente.

c) La considera inconveniente desde un punto de vista práctico porque obliga al tribunal a estudiar el Derecho Internacional Privado extranjero y se cree que esto es más difícil que la investigación del Derecho interno extranjero.

d) Las razones dadas para su aplicación en la mayoría de las decisiones europeas no son convincentes; ni siquiera sus razones.

En la doctrina latinoamericana, el jurista colombiano Marco Gerardo Monroy Cabra²¹² se pronuncia en contra del reenvío: "La teoría del reenvío sedujo, por cuanto permitía aplicar la ley del juez bajo una disimulada y correcta aplicación de la ley extranjera. Sin embargo, conduce a las negación del Derecho Internacional Privado."

A su vez, el también jurista colombiano José Joaquín Caicedo Castilla²¹³ argumenta en contra del reenvío lo siguiente: "Si esto es así, el reenvío no es admisible, porque si a un país se presenta un caso que pone en juego las relaciones jurídicas de la soberanía local con las soberanías extrañas, es obvio que a la ley de ese país corresponde dirimir tal cuestión, puesto que no se concibe como podría el soberano remitirse a la opinión de otro para saber hasta dónde van las prerrogativas de su soberanía, y, sobre todo, el derecho de aplicar sus propias leyes."

En México, Carlos Arellano García²¹⁴ ha impugnado el reenvío conforme a los siguientes argumentos:

"Las objeciones a la inconsistencia de los argumentos favorables al reenvío constituyen los puntos de vista doctrinales contrarios al reenvío:

"Sobre el reenvío sustentamos el siguiente punto de vista:

"I. La norma jurídica conflictual de un Estado remite a la norma jurídica extranjera. Si no se precisa en esa norma jurídica conflictual propia que se trata de norma conflictual o material extranjera, jurídicamente es válido aplicar la norma conflictual o material extranjera. Por tanto, si en los foros se aplica la norma conflictual extranjera no hay conculcación de la norma jurídica nacional que remitió a la norma jurídica extranjera terminándose con la aplicación de la norma jurídica nacional. Por ello, juzgamos recomendable que, el legislador se pronuncie por admitir o por rechazar la situación de reenvío.

"II. Es innegable la corriente de simpatía que engendra el reenvío de primer grado porque el procedimiento de reenvío culmina con la aplicación de la ley material del juzgador que conoce del asunto. De allí los esfuerzos doctrinales, la mayor parte de las veces infructuosos, verdaderamente estirados, para defender la situación del reenvío. Ya nos hemos referido a muchas de las difícil-

²¹² *Op. cit.*, p. 315.

²¹³ *Op. cit.*, p. 311.

²¹⁴ *Op. cit.*, p. 629.

tades que implica la aplicación de Derecho extranjero, el aplicar Derecho propio, es visto con mayor simpatía que aplicar Derecho extraño.

“III. Juzgamos que es oportuno insistir en nuestro punto de vista. La norma extranjera debe ser aplicada no por sistema sino solo por excepción cuando es necesario para satisfacer mejor las necesidades humanas. Si esto es así, la situación del reenvío debe ser rechazada y debe aplicarse la norma extranjera material y no la conflictual. Si se ha abusado de la invocación como competente de la norma jurídica extranjera, es natural que, para paliar tal exageración se acuda al subterfugio de la remisión para volver a la aplicación de la norma jurídica propia. En cambio, si se ha establecido la competencia de la norma jurídica extranjera (nos referimos a la material como una necesidad), debe aplicarse la norma jurídica extranjera y no invocarse el reenvío. Por ello es que, hay quienes admiten parcialmente el reenvío, o sea que hay ocasiones en que el reenvío no cabría, por ejemplo, tratándose de la forma de los actos en que es una necesidad casi ineludible aplicar la norma jurídica material extranjera.

“IV. En los países en donde el sistema territorial es prevaleciente y en donde hay poca aplicación de Derecho extranjero es natural que no tenga éxito la remisión pues, la remisión es un subterfugio para dejar de aplicar la norma jurídica extranjera competente y aplicar forzosamente el Derecho nacional material.”

En la América Latina, la defensa del sistema del reenvío está representada por el ilustre jurista brasileño Haroldo Valladao²¹⁵ y su argumentación textual es la siguiente:

“Sería incomprensible que el Derecho Internacional Privado, después de ordenar la observancia de una ley extranjera, quisiese aún decir donde y a quien, y cuando tal vez se aplicaría, sería desnaturalizada. De la misma forma, si el Derecho extranjero declarado competente para otra ley, sea para la *lex fori*, sea para otra ley extranjera, tal remisión será aceptable en la misma referencia a otras leyes internas.”

35. Calificación

Sumamente sencillo es el planteamiento que hace sobre la calificación Emil Dove:²¹⁶ “. . . el conflicto de calificaciones reside en que dos soberanos, dando literalmente competencia a la misma ley, atribuyen significaciones diferentes a las palabras empleadas en sus fórmulas idénticas.”

Para resolver el conflicto de calificación se ha considerado aplicable la *lex fori*, al respecto nos informa el jurista peruano Manuel García Calderón:²¹⁷ “Kahn y Bartin, iniciadores de la teoría, consideraron que correspondía a la

²¹⁵ *Op. cit.*, Tomo I, p. 479.

²¹⁶ *Los Grandes Problemas del Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 1947, p. 228.

²¹⁷ *Op. cit.*, p. 123.

lex fori; o sea que es del resorte del Derecho imperante en la jurisdicción del juez que conoce del asunto. Este punto de vista ha contado con numerosos adeptos tales como Armijon, Niboyet, Surville y Weiss en Francia; Lewald Neumeyer, Nussbaun y Zittelmann en Alemania; y Anzilotti, Ago, Buzatti, y Fedozzi en Italia. Ha sido seguido también por el Código Bustamante (art. 6o.) y por el Restatement of The Law of Conflict of Laws (§ 7) de los Estados Unidos." El mismo autor, juzga que constituye una excepción generalmente aceptada la consistente en la aplicación de la ley del lugar de la situación a la calificación de un bien en mueble o inmueble. También como excepción establece la competencia de la lex causae para determinar la naturaleza del acto que ha dado origen a la acción; como ocurre si se demandase el pago de daños y perjuicios por un acto que se estima ilícito, caso en el cual deberá ser la ley competente para calificar el acto en el que se basa la acción, la del lugar donde el acto se realizó.

Como razones para fundar la aplicación de la lex fori a los conflictos de calificación, expone Caicedo Castilla:²¹⁸

1) La calificación de la relación jurídica forma parte del Derecho Internacional Privado de cada país.

2) Si se somete a una ley extraña una institución jurídica es porque se supone que se acepta lo que la propia ley considera como la institución jurídica referida.

3) En la práctica es imposible aplicar ley diferente de la del juez para decidir el problema de las calificaciones porque si no es así se produce un círculo vicioso.

4) En la jurisprudencia y en los autores prevalece la lex fori.

En opinión de Emil Dove²¹⁹ se pueden invocar como argumentos de respaldo a la lex fori los que a continuación se expresan:

a) Es el legislador quien ha redactado la ley a quien hay que pedir la significación de sus órdenes. Para penetrar el pensamiento de un escritor cualquiera, hay que conocer previamente su vocabulario. El foro que no aplica más que la regla de conflicto de su soberanía debe seguir lógicamente sus calificaciones nacionales.

b) Si no se consulta la lex fori nos encerramos en un círculo vicioso. Es imposible consultar la ley aplicable, ya que la competencia de esta ley depende del alcance de los términos con los cuales debe definir el sentido.

Sobre los límites que se impone a la lex fori, sostiene Derruppe²²⁰ que el carácter de mueble o inmueble de un bien le corresponde delimitarlo a la lex rei sitae, o sea que a esta ley le compete hacer la calificación.

Bartin²²¹ señala como caso de excepción a la lex fori:

²¹⁸ *Op. cit.*, pp. 314 y 315.

²¹⁹ *Op. cit.*, p. 228.

²²⁰ *Op. cit.*, pp. 55 y 56.

²²¹ Citado por CAICEDO CASTILLA, José Joaquín, *Op. cit.*, pp. 315 y 316.

1) Cuando se trate de la calificación de los bienes en muebles o inmuebles, debe preferirse la ley de la situación.

2) Cuando la norma jurídica aplicable depende de la autonomía de la voluntad.

Conforme al criterio de Adolfo Miaja de la Muela²²² es un hecho que las normas conflictuales utilizan conceptos jurídicos, tanto para delimitar las relaciones de la vida o los aspectos de estas relaciones que integran su supuesto, como para elegir el punto de conexión que en cada caso el legislador estime más adecuado. Agrega que el juez debe aplicar la regla conflictual tal como es en la realidad, con las calificaciones, que, de no estar consignadas expresamente en la regla de conflicto, ha de tomar de su derecho interno. En el caso de que el juez esté en presencia de una institución desconocida para su legislador, el juez puede buscar una calificación fuera de su derecho interno. En este supuesto, considera Miaja de la Muela²²³ la enseñanza del Derecho Comparado le será de mayor utilidad que las de una presunta *lex causae*, cuya competencia no estará aún claramente definida.

El Código de Bustamante, en el artículo 6o. regula la calificación en el siguiente texto:

“En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3o.”

36. *Orden público*

El orden público es definido por Arellano García²²⁴ como un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, pues de aplicarse, provocaría un malestar social, impediría la satisfacción de una necesidad colectiva o evitaría la obtención de un beneficio para el conglomerado.

El jurista peruano Manuel García Calderón²²⁵ determina que una de las más importantes limitaciones a la aplicación de la ley extranjera, está basada en el concepto del orden público, cuya complejidad ha impedido determinarlo con precisión. Consiste, esencialmente, en la aplicación obligatoria de la propia ley, cuando la extranjera contradiga o afecte los principios que inspiran la organización del Estado. Añade que es evidente que se trata de una noción imprecisa y de contenido variable, con la cual se elimina la aplicación del derecho extranjero cuando él está en contradicción con las concepciones morales, sociales, religiosas o políticas que forman parte de la conciencia jurídica de un país.

²²² *Op. cit.*, Tomo I, pp. 314 y 326.

²²³ *Idem.*, pp. 326 y 327.

²²⁴ *Op. cit.*, p. 649.

²²⁵ *Op. cit.*, p. 102.

Según Jean Derruppé,²²⁶ la defensa de los intereses nacionales está tomada en cuenta en la noción de orden público.

Está fuera de duda que si la salvaguarda de los intereses nacionales, no susceptibles de ser definidos anticipadamente en cuanto a su contenido, depende de la consagración del orden público, será menester incluir la citada excepción de orden público en un anteproyecto de normas generales de Derecho Internacional Privado.

37. *Fraude a la ley*

El fraude a la ley es un remedio que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera competente, a la que él o los interesados se han sometido voluntariamente por ser más conveniente a sus intereses, con evasión artificiosa a la imperatividad de la norma jurídica nacional.²²⁷

Constituyen elementos del fraude a la ley los siguientes:

1. Una norma conflictual le da competencia a la norma jurídica material extranjera.

2. La situación concreta queda ubicada dentro de algún punto de conexión con la norma jurídica extranjera.

3. Existe mayor benignidad, conveniencia o ventaja, desde el ángulo de los interesados, en la norma jurídica material extranjera.

4. Corresponde mayor severidad, más rigor, menos conveniencia o ventaja, desde el punto de vista de los interesados, en la norma jurídica nacional.

5. Hay intención de evadir la norma jurídica material originalmente aplicable, antes de producirse el segundo elemento.

6. Concorre artificio, falta de sinceridad, maquinación, anormalidad, antinaturalidad, en la colocación dentro de los puntos de conexión de la norma jurídica extranjera.

7. Por último, se produce evasión al imperio de la norma jurídica nacional y ésta deja de ser aplicable presuntamente en virtud de que los interesados cambiaron la situación de hecho que les ligaba con esta norma jurídica nacional.²²⁸

Dado el fraude a la ley, para conservar el imperio de la norma, jurídica nacional, debe dejarse de aplicar la norma jurídica extranjera que presuntamente ha resultado competente.

Si partimos de la consideración de que a nivel interamericano debe conservarse el imperio de la ley interna en cuanto a que ésta no debe evadirse artificialmente, sin discrepancia, deberá englobarse en el anteproyecto de normas generales de Derecho Internacional Privado la institución del fraude a la ley.

²²⁶ *Op. cit.*, p. 52.

²²⁷ Véase a ARELLANÓ GARCÍA, *Op. cit.*, p. 661.

²²⁸ Véase a ARELLANÓ GARCÍA, *Op. cit.*, p. 661.

CAPITULO CUARTO

Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

1. Aplicación de Derecho extranjero

Artículo 1

La elección de la norma jurídica aplicable para regir situaciones vinculadas con disposiciones extranjeras se sujetará a lo regulado en esta Convención y demás Convenciones internacionales suscritas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados partes.

En defecto de norma de elección internacional, los Estados partes aplicarán las normas conflictuales de su Derecho Interno y a falta de éstas se estará a los principios generales de derecho.

Artículo 2

Los jueces y autoridades de los Estados partes estarán obligados a aplicar las normas jurídicas de Derechos extranjero vigente que hayan resultado aplicables conforme al artículo anterior.

Artículo 3

A falta de Derecho extranjero aplicable y vigente, los jueces y autoridades de los Estados partes, procederán a la integración de la norma jurídica aplicable con base en los principios generales del Derecho y se abstendrán de aplicar su Derecho material interno.

Artículo 4

La interpretación de las normas jurídicas extranjeras deberá hacerse conforme a las reglas del país de procedencia. En el caso de que existiera en el país de origen de la norma jurídica extranjera un criterio obligatorio de interpretación, éste deberá prevalecer.

A falta de criterio interpretativo o de varios criterios interpretativos discrepantes en el país de donde procede la norma jurídica extranjera aplicable, prevalecerá el criterio del juez o autoridad que conozca del problema conflictual.

Artículo 5

Los problemas que de jerarquía y de pluralidad de normas jurídicas internas suscite la aplicación del Derecho extranjero se resolverán conforme a las normas vigentes procedentes del extranjero. A falta de éstas, regirán los principios generales del Derecho.

II. *Existencia de las personas naturales y jurídicas*

Artículo 6

La existencia de las personas naturales está condicionada al hecho de su nacimiento y se extingue con la muerte. Se rige por la ley del domicilio de la persona natural.

Artículo 7

La existencia de las personas jurídicas extranjeras, no comerciales, requerirá el reconocimiento expreso o tácito del Estado Parte ante el que hagan valer su personalidad jurídica. Se rige por la ley de este país.

Artículo 8

Las personas jurídicas extranjeras comprobarán su existencia legal conforme a las leyes del estado del que proceden con exhibición de copia auténtica del contrato social y demás documentos relativos a su constitución y un certificado de que están constituidas y autorizadas conforme a las normas jurídicas del Estado de su origen, expedido por el representante diplomático o consular que en dicho Estado tenga el Estado ante el que se haga valer la existencia de la persona jurídica.

III. *Capacidad de las personas naturales y jurídicas.*

Artículo 9

La capacidad general de las personas naturales se rige por las normas jurídicas del país de su domicilio.

Artículo 10

Las capacidades con regulación jurídica especial, se rigen por la ley aplicable a los actos jurídicos que se pretendan realizar.

Artículo 11

No admitirán los Estados partes limitaciones a la capacidad fundada en motivos de raza, religión, rango, opinión.

Artículo 12

La capacidad de las personas jurídicas, no comerciales, se rige por la ley del país donde intenten realizar los actos propios de su objeto social.

Las personas jurídicas extranjeras no tendrán capacidad mayor a la que les corresponde a las personas jurídicas nacionales.

IV. *Domicilio de las personas naturales y jurídicas*

Artículo 13

El domicilio de una persona natural es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él.

Se presume el propósito de establecerse en un lugar, cuando se reside por más de seis meses en él.

A falta de domicilio conforme a los dos párrafos que anteceden se tendrá como domicilio el lugar donde la persona natural tenga el principal asiento de sus negocios.

En defecto de uno y otro domicilio, respectivamente, se reputará como domicilio la simple residencia o el lugar en que la persona natural se halle.

Artículo 14

Se reputa domiciliado:

I. El menor de edad no emancipado, en el domicilio de la persona a cuya patria potestad está sujeto;

II. El menor de edad que no esté bajo la patria potestad y el mayor incapacitado, en el domicilio de su tutor.

III. El militar en servicio, en el lugar en que esté destinado;

IV. El funcionario o empleado público, en el lugar en que esté destinado.

V. El agente diplomático en el domicilio que tenga en el país de procedencia.

Artículo 15

La adquisición, cambio, pérdida, recuperación y demás problemas de domicilios múltiples o convencionales se regirán por la ley del juez o autoridad que conozca del problema conflictual.

Artículo 16

Ninguna persona natural o jurídica puede carecer de domicilio, ni tener dos o más domicilios a la vez.

Artículo 17

El cambio de domicilio no restringe los derechos adquiridos en materia civil.

Artículo 18

El domicilio de la persona jurídica se rige por la ley del país donde intenta realizar los actos propios de su objetivo social.

Artículo 19

En caso de que una persona natural o jurídica ostente más de un domicilio, la autoridad o juez del Estado Parte ante quien se someta la situación concreta determinará como domicilio aquél al que considere más vinculada la persona natural o jurídica.

V. Estado civil de las personas naturales.

Artículo 20

Es obligatoria para nacionales y extranjeros residentes la inscripción de los actos del estado civil en el Registro correspondiente del país donde tengan verificativo dichos actos, salvo el nacimiento de hijos de padres extranjeros al servicio de su país.

Artículo 21

El derecho civil de las personas se rige por la ley de su domicilio.

Artículo 22

En caso de que varias personas, relacionadas entre sí en virtud de su estado civil, tengan domicilios diversos, la autoridad o el juez del Estado Parte ante quien se plantee el problema conflictual elegirá el domicilio al que considere más vinculadas a esas personas, con sujeción a los principios generales del Derecho.

Artículo 23

Los actos del estado civil de los extranjeros no residentes se verifican ante el agente consular o diplomático acreditado por su país, con aplicación de las normas jurídicas del país de su procedencia. Los extranjeros no residentes podrán verificar los actos del estado civil que les permita el derecho interno del país donde se encuentra conforme al Derecho de este país.

VI. Efectos jurídicos de actos realizados en el extranjero

Artículo 24

Los efectos jurídicos de actos realizados en el extranjero y que deben ejecutarse en el territorio de uno de los Estados Partes, se regirán por las normas jurídicas del lugar de ejecución.

VII. Bienes muebles e inmuebles

Artículo 25

Todas las relaciones jurídicas referentes a bienes muebles o inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación.

Artículo 26

Las clasificaciones y calificaciones relativas a bienes se rigen por la ley del lugar de la ubicación.

Artículo 27

La capacidad de las personas naturales y jurídicas referente a bienes se rige por la ley del lugar de la ubicación de éstos.

Artículo 28

El cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos que se hayan adquirido con arreglo a la ley del lugar donde existían al tiempo de su adquisición. Sin embargo, los interesados están obligados a llenar los requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de los derechos mencionados.

VIII. Forma extrínseca de los actos

Artículo 29

Los actos jurídicos, en todo lo relativo a su forma, se registrarán por las normas jurídicas del país de su celebración.

Artículo 30

Los celebrantes de los actos jurídicos quedan facultados para sujetarse a los requisitos de forma prescritos por el país donde hayan de ejecutarse esos actos jurídicos. En este supuesto, podrán acudir ante los agentes diplomáticos o consulares que tengan acreditado en el extranjero el Estado del lugar de ejecución.

Artículo 31

Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar de celebración del contrato y la ley del lugar de ejecución, respecto a la necesidad de otorgar documento público para la eficacia de determinados actos jurídicos y a la de hacerlos constar por escrito.

IX. Declaraciones de voluntad

Artículo 32

Las personas naturales y jurídicas podrán elegir la norma jurídica aplicable entre dos o más normas jurídicas de diferentes países, en el caso de que la relación jurídica establecida entre ellas esté vinculada a alguna de esas leyes.

Artículo 33

Las declaraciones de voluntad tendrán las limitaciones que establezca la norma jurídica elegida por los declarantes.

Artículo 34

A falta de expresión de voluntad de los interesados sobre elección de normas jurídicas, será aplicable la ley de ejecución del acto jurídico.

X. Reenvío

Artículo 35

Cuando la norma conflictual determine la aplicación de una norma jurídica extranjera, se aplicará la norma jurídica material extranjera, sin considerar cualquier remisión que se haga a otra norma jurídica.

XI. Calificación

Artículo 36

Los Estados Partes determinarán la naturaleza de la institución o relación jurídica que corresponda al problema conflictual conforme a la ley del juez o autoridad que conozca del asunto que plantee problemas de Derecho Internacional Privado, salvo cuando la calificación se haya establecido en la norma internacional aplicable.

XII. Orden público

Artículo 37

Las normas jurídicas, sentencias judiciales, laudos arbitrales, actos jurídicos y declaraciones de voluntad, procedentes del extranjero, que hayan resultado aplicables conforme a las normas conflictuales internacionales o internas, dejarán de tener eficacia, cuando sean contrarias al orden público del país receptor.

Corresponde a la autoridad o juez del Estado receptor de la norma jurídica extranjera decidir cuando sobreviene el impedimento de orden público.

XIII. *Fraude a la ley*

Artículo 38

Carecerán de eficacia las normas jurídicas, sentencias judiciales, laudos arbitrales; actos jurídicos y declaraciones de voluntad, procedentes del extranjero, cuando se haya evadido artificiosamente la obligatoriedad de la norma jurídica del Estado receptor, a juicio de la autoridad o juez de este Estado.

XIV. *Disposiciones finales*

Artículo 39

La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 40

La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 41

La presente Convención quedará abierta a la adhesión cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 42

La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 43

Los Estados Partes que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención, podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 44

La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados Partes podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados Partes.

Artículo 45

El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Dicha Secretaría notificará a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos y a los Estados que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumento de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere.

CAPITULO QUINTO

Exposición de Motivos

Anteproyecto de Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado

I. Aplicación de Derecho extranjero

Consideró indispensable incluir normas jurídicas relativas a la aplicación de Derecho extranjero, en primer término, porque la norma extraña carece por sí misma de vigencia extraterritorial, para que opere su admisión en el país receptor, ha menester de la norma conflictual que determine su aplicabilidad. En segundo término porque la tarea codificadora pretende el establecimiento de la norma supranacional conflictual y era preciso establecer a nivel internacional la interpretación jurídica propia del Derecho Internacional Privado entre los Estados Partes.

Por tanto, en un primer dispositivo se establece la coexistencia de las normas jurídicas internacionales al lado de las internas. A falta de ambas, se previene la creación de las normas individualizadas en un indiscutible tarea de creación.

También, consecuentemente, en un segundo dispositivo se establece la obligación jurídica de aplicar Derecho extranjero cuando éste ha resultado competente al determinarlo así la norma jurídica iusprivatista. Esta es la consagración expresa de la penetración extraterritorial de la norma jurídica extraña, base fundamental de la existencia del Derecho Internacional Privado. Por otra parte, al establecerse el fundamento inmediato de aplicabilidad al Derecho extranjero, se precisa que se trata del vigente, aclaración que podría parecer superflua si no fuera porque puede darse el caso, como se ha dado en el pasado en casos célebres, en los que se ha pretendido la aplicación de un Derecho ya no vigente. Además, al expresarse que se trata de Derecho vigente surge la necesidad de que, en tratándose de norma jurídica procedente de otro Estado, se certifique la vigencia del Derecho extranjero, ya que no debemos olvidarnos de la deficiente difusión jurídica fuera del país de origen de las normas jurídicas.

Doctrinalmente se ha condenado la postura pragmática de aplicar el Derecho propio cuando surge la carencia de la norma jurídica extranjera aplicable y vigente, por ello se ha estimado que la norma jurídica nacional, que no es la competente, y que debe procederse a la labor integradora con respaldo en los principios generales del Derecho que son las directrices orientadoras

del juzgador para crear la norma jurídica individualizada como un verdadero legislador orientado por la realización de los valores jurídicos. Así, en una tercera disposición dentro del apartado referente a Derecho extranjero se ha previsto el hermetismo jurídico con el señalamiento expreso de la prerrogativa de integración en el campo jurídico de la materia de que trata la Convención.

Es de explorado Derecho que el desentrañamiento del sentido de las normas jurídicas ha de realizarse conforme a las reglas de hermenéutica que privan en el país de origen de la regla jurídica extraña. Esta conclusión, interpretativa, para los supuestos de falta de elementos de interpretación o producto de la investigación jurídica, se recoge en una cuarta disposición del Anteproyecto, en donde se le da preeminencia al criterio dotado de obligatoriedad que rija en el Estado de procedencia de la norma jurídica. Para completar la regla interpretativa se previene la solución, en el terreno de multiplicidad de criterios interpretativos.

En el grado actual de evolución de la materia conflictual internacional, nadie pone en tela de juicio que los problemas de jerarquía y de pluralidad de normas jurídicas internas que suscite la competencia de la norma jurídica extraña deben resolverse conforme a las normas jurídicas del país de procedencia de la norma extraña aplicable. En consecuencia, se le da expresión a este principio en un artículo quinto, en el que vuelve a prevenirse la hipótesis de una laguna legal con la consecuente prerrogativa de proceder a la interpretación según los principios generales de Derecho.

II. *Existencia, estado civil y capacidad de las personas*

Ha sido usual en el Derecho americano convencional internacional y en el interno, aglutinar los tópicos de existencia, estado civil y capacidad de las personas. Sobre el particular, dada las peculiaridades disímolas que puedan presentar las tres materias entre sí, se ha decidido por su trato separado, lo que ha conducido, igualmente, a normas jurídicas conflictuales diversas.

A. *Existencia de las personas naturales y jurídicas*

En el Anteproyecto se estima que la existencia de las personas naturales es un hecho irrefutable que gira alrededor del nacimiento y muerte de la persona. Sobre el posible conflicto de leyes se elige el punto de conexión "domicilio" que es el prevaleciente en el mundo latinoamericano y anglosajón, independientemente de que en otros sectores, como el europeo continental ya ha ganado terreno.

En lo que atañe a la existencia de las personas jurídicas, se abandona la tendencia para optar entre los puntos de conexión "domicilio" o "nacionalidad" para preferir como elemento vinculante la pretendida acción de la persona jurídica. De allí que la existencia de estas personas se sujete al reconocimiento expreso del Estado Parte ante el que hagan valer su personalidad jurídica y que la norma jurídica aplicable lo sea la ley de este país.

Desde Panamá, en enero de 1974, en la Primera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, se tomó la orientación de aceptar reglas de Derecho Uniforme, de contenido material y no formal, cuando fuera conveniente o necesario. Bajo esta tónica, se establecen los requisitos para que pueda operar el reconocimiento, fuente a su vez de la existencia legal de las personas jurídicas.

B. Capacidad de las personas naturales y jurídicas

El Anteproyecto formulado tiene un ámbito de vigencia a nivel americano, y, en América, hay una manifiesta inclinación, en el tema de las capacidad de las personas naturales, por la ley del domicilio, tanto en las normas internacionales como en las internas. Dentro de ese presupuesto se ha elegido la ley del domicilio para la capacidad general. Sin embargo, se han recogido las justificadas objeciones a una exagerada generabilidad. Como corolario de lo anterior, se han producido los artículos 9 y 10. En el primero, la capacidad general se somete a la ley del domicilio, mientras que en el segundo, las capacidades con regulación jurídica especial se derivan hacia la ley aplicable a los actos jurídicos que se pretendan realizar. En este sentido se ha aquilatado en todo su valor la aseveración del jurista brasileño Valladao, en el sentido de que, en cuanto a capacidades, es preciso, hacer distinciones y subdistinciones, según la naturaleza del negocio y también han tenido eso las observaciones del Delegado de los Estados Unidos, George H. Owen, respecto al Informe que acompañó el Segundo Dictamen del Comité sobre la Revisión del Código de Bustamante, en el sentido de que corresponde mejor a la realidad jurídica de hoy y a la evolución actual del Derecho Internacional Privado de las Repúblicas americanas, determinar la ley aplicable a la capacidad según la naturaleza de las diversas transacciones o relaciones jurídicas en las cuales la capacidad de las partes figura como elemento.

En materia de capacidad, en la corriente interamericana, a nivel de convenciones internacionales, se ha plasmado, de manera expresa, la igualdad jurídica. Se conserva, por tanto, el principio de que los Estados Partes se abstendrán de admitir limitaciones a la capacidad que se fundaran en motivos de raza, realigión, rango u opinión.

Las personas jurídicas requieren trato diferente en materia de capacidad, y bajo ese derrotero, en el artículo 12 se le da relevancia a la ley del país donde intenten realizar los actos propios de su objeto social. Se reafirma la soberanía del Estado ante el que actúan las personas morales para someterlas a su ley en lo que atañe a su capacidad. Adicionalmente, en el mismo precepto, se limita la capacidad de las personas jurídicas extranjeras para que no pretendan mayores derechos que las personas jurídicas nacionales.

C. Domicilio de las personas naturales y jurídicas

Si en el Anteproyecto de Convención adquiere el punto de conexión "domicilio" trascendencia para la elección de la norma jurídica aplicable en mate-

ria de existencia, capacidad general y estado civil de las personas naturales, es imprescindible uniformizar el concepto de domicilio para eliminar bifurcaciones innecesarias, para evitar la falta de domicilio y corregir las posibilidades de domicilio múltiple. En esa tenencia, se consideró pertinente incluir normas delimitativas del domicilio.

La concepción tradicional del domicilio en América se ha integrado con dos elementos, uno objetivo, que es la residencia, otro subjetivo, que es el propósito de establecimiento en el lugar de la residencia. Para soslayar cualquier dificultad de apreciación del elemento subjetivo, en los artículos 13 y 14 del Anteproyecto se establecen presunciones legales determinativas claramente del elemento subjetivo.

Los problemas domiciliarios de adquisición, cambio, pérdida, recuperación, pluralidad de domicilios, se someten a la ley del foro, en seguimiento de una actitud apegada a la realidad.

Se reproduce en el artículo 16 el principio prevalente de que no debe haber pluralidad ni carencia de domicilio, precepto éste que necesariamente debe coordinarse con el artículo 13 que establece sucedáneos para eliminar la posibilidad de carencia de domicilio. Igualmente, debe coordinarse con el artículo 19 para que se resuelvan los problemas de domicilio múltiple.

En lo que hace al domicilio de las personas jurídicas se sigue el mismo sistema referente a su capacidad, para establecer como ley aplicable la del país donde realizar los actos propios de su objeto social.

D. Estado civil de las personas naturales

Prevalece en el Derecho Internacional Privado interamericano la ley del domicilio como la idónea para regir el estado civil. La constatación de la aseveración que antecede aunada a la inclinación doctrinal favorable a esa postura de la ley del domicilio, ha inspirado el artículo 21 que somete el estado civil de las personas a la ley del domicilio. No obstante, el siguiente precepto toma como punto la situación factible de que, las personas vinculadas entre sí con motivo de su estado civil, tenga domicilios diversos, caso en el cual, se deja a la autoridad o juez del Estado ante quien se plantee el problema conflictual que determine un domicilio, nuevamente bajo la orientación de los principios generales del Derecho.

Se considera de utilidad dejar sentado en materia de estado civil, por una parte, la obligación a nacionales y a extranjeros residentes de someterse a la inscripción de los actos del estado civil en el Registro del país donde tengan verificativo dichos actos y, por otra parte, la prerrogativa de verificar actos del estado civil ante el agente diplomático o consular de su país para los extranjeros no residentes, sin perjuicio de poderse verificar ante las autoridades del país donde se encuentren si lo permite la legislación interna.

III. Efectos jurídicos de actos realizados en el extranjero

En América ha campeado como regla tradicional, afirmativa de la

soberanía de los Estados y defensiva de los más caros intereses de éstos, la consistente en que los actos jurídicos realizados en el extranjero se rigen por la ley del lugar de ejecución. Sobre este particular, el jurista brasileño Haroldo Valladao (Op. cit. Volumen II, pág. 192) considera esta regla como una tradición en el Derecho Internacional Privado latinoamericano, y en su respaldo cita en el Derecho interno la legislación de Chile, artículo 16, de Ecuador, artículo 15, de República del Salvador, artículo 16, de Colombia, artículo 20, de Argentina 1.209-19, de Costa Rica, artículo 6º, de México, artículo 13. En lo que atañe al Derecho Internacional cita el Tratado de Lima, artículo 4º, los Tratados de Montevideo, 1889, artículo 32 y 1940, artículo 37. Respecto de Brasil, el artículo 52 del Proyecto de Código de Aplicación de las Normas Jurídicas, determina que se rigen según la ley brasileña los contratos ejecutables en el Brasil.

Con base en lo precedente, se determina en el artículo 24 que los efectos jurídicos de actos realizados en el extranjero y que deban ejecutarse en el territorio de uno de los Estados Partes, se regirá por las normas jurídicas del lugar de ejecución.

IV. *Bienes muebles e inmuebles*

La regla "lex rei sitae", en materia de bienes, ha llegado a cobrar no sólo vigencia interamericana sino vigencia mundial, de tal manera que, el Anteproyecto sólo es reproductor de una norma conflictual sin discrepancia. El artículo 25, en consecuencia, establece que todas las relaciones jurídicas relativas a bienes muebles o inmuebles se rigen por la ley del lugar de ubicación de éstos. A la misma regla se someten, su calificación, su clasificación y la capacidad de las personas naturales y jurídicas referentes a bienes.

Con respecto a bienes muebles, dada su posibilidad de cambio de situación, se establece la regla de respeto de derechos adquiridos, condicionado ese respeto sólo al cumplimiento de requisitos de fondo o de forma exigidos por la ley del lugar de la nueva situación para la adquisición o conservación de esos derechos.

V. *Forma extrínseca de los actos*

En el Anteproyecto se refrenda la regla "locus regit actum" de aceptación universal. En el artículo 29, se determina la aplicabilidad de la norma jurídica del lugar de celebración del acto para regir los actos jurídicos en lo relativo a su forma.

A manera de fórmula complementaria se permite a los interesados, en el artículo 30, optar por la sujeción a la ley del lugar de ejecución del acto jurídico, sobre ese particular se establece la posibilidad de acudir ante los agentes diplomáticos o consulares que tenga acreditado en el extranjero el Estado del lugar de ejecución.

La formalidad especial de otorgar documento público para darle forma a un acto jurídico, y la consistente en la forma escrita se sujeta a las exiencias tanto a la ley del lugar de celebración del contrato como a la ley del lugar de ejecución.

VI. *Declaraciones de voluntad*

A las expresiones de voluntad de las personas naturales y jurídicas se les confiere la potestad de darles relevancia volitiva para determinar la norma conflictual que pueda resolver los problemas conflictuales internacionales de leyes pero con una importante limitación consistente en que deberán seleccionar necesariamente una norma jurídica vinculada a la relación jurídica creada por ellas pues, de esa manera se excluye tanto las actitudes en fraude de la ley como la creación antinatural de problemas.

Desde ángulo diverso, la voluntad de los particulares no debe extralimitarse del encuadramiento legal establecido por la sociedad a través del poder público, en consecuencia, en el artículo 33, se fija que las declaraciones de voluntad tendrán las restricciones que establezca la norma jurídica elegida por los declarantes.

Suele preocupar doctrinalmente el criterio a seguirse en caso de ausencia de expresión de voluntad de los interesados sobre elección de normas jurídicas. En esta hipótesis, en el artículo 34, se le da vigencia a la ley del lugar de ejecución del acto jurídico engendrado por las declaraciones de voluntad. En apoyo de este punto de conexión, se invocan las razones tradicionales de prevalencia en América de la ley del lugar de ejecución del acto jurídico para regir los efectos del mismo.

VII. *Reenvío*

En materia de reenvío, un Anteproyecto de Normas Generales de Derecho Internacional Privado requiere un previo pronunciamiento respecto a su admisión o rechazo. Sabido es que hace varias décadas la doctrina rechazó ampliamente el reenvío, figura que, como contrapartida, tuvo gran aceptación en la jurisprudencia europea continental; pero, igualmente es de todos conocido el derecho de que en los últimos años se ha proliferado la aceptación del reenvío.

Si la norma jurídica extranjera debe aplicarse conforme a una regla conflictual internacional o interna, porque así se ha estimado justo y razonable, debemos sobreentender que la norma jurídica extranjera aplicable es la norma jurídica material y no la forma ya que, en esta hipótesis, el reenvío daría pábulo a serias objeciones que se han formulado doctrinalmente. Al decidirse en el Anteproyecto por el rechazo del reenvío, se ha considerado que las opiniones defensoras del mismo no tienen la suficiente plausibilidad para consagrar esa institución en ninguna de sus formas.

Dentro del supuesto de no admisión del reenvío, si es necesario que se precise que, cuando resulte aplicable la norma jurídica extranjera, debe aplicarse la norma jurídica material pues, de no regularse esto así, podría dar lugar a que la jurisprudencia admitiera o rechazara el reenvío. Por tanto, el artículo 35 del Anteproyecto rechaza expresamente el reenvío.

VIII. Calificación

La falta de uniformidad de soluciones derivadas ya no de la diversidad de normas conflictuales, sino de la atribución de significaciones diversas y alcances disímboles a las relaciones e instituciones jurídicas inmersas en el conflicto de leyes, requiere que un anteproyecto de normas generales de Derecho Internacional Privado establezca el sendero idóneo de solución.

En virtud del artículo 36 del Anteproyecto le da competencia a la ley del foro para que se haga la calificación, sin más excepción que la calificación previa hecha en alguna norma internacional existente en alguna bilateral o multilateral. En este aspecto, se atiende a la fórmula recomendable de que se procure en las convenciones internacionales esclarecer el alcance y significado tanto de la terminología como de las instituciones y relaciones jurídicas materia de los acuerdos internacionales.

IX. Orden público

El orden público, remedio excepcional que impide la aplicación de la norma jurídica extranjera inconveniente a los caros intereses nacionales, constituye la salvaguarda necesaria a la soberanía interna que se esgrime en el momento oportuno y bajo la concepción de la autoridad del país receptor. Bajo esta concepción, en el Anteproyecto se recoge la reserva de orden público que se dirige como impedimento al derecho extranjero, representado no sólo por las normas jurídicas generales sino por las normas jurídicas individualizadas que pudieran adoptar la forma de sentencias judiciales, laudos arbitrales, actos jurídicos y aún declaraciones de voluntad de particulares.

En la segunda parte del artículo 37 del Anteproyecto, relativa al orden público, se determina la aptitud del juez o autoridad del Estado receptor para ser él quien constate la presencia del orden público.

X. Fraude a la ley

Sobre la base de que las maquinaciones o artificios de los interesados no pueden evadir la imperatividad de las normas jurídicas internas para acogerse a una norma jurídica extranjera más benigna, la jurisprudencia ha plasmado la noción de fraude a la ley como imperativa a la aplicación de una norma jurídica extranjera. Respecto de fraude a la ley la legislación ha sido más omisa con frecuencia en la regulación del fraude a la ley y los tratados internacionales también han resentido carencias en este tópico.

En el Anteproyecto, se regula el fraude a la ley que se hace extensivo a normas jurídicas generales e individualizadas de derecho extranjero además de que se establece la caracterización del fraude a la ley se otorga a la autoridad o juez del Estado receptor la atribución de registrar la operancia del fraude a la ley.

La consagración del fraude a la ley en el Anteproyecto conserva el imperio de la ley interna a nivel interamericano cuando se pretenda la evasión fraudulenta de la norma interna.