



La teoría de la referencia en Derecho internacional privado

Por el

DR. LUIS GESTOSO Y TUDELA

Catedrático de la Facultad de Derecho

I

CONSIDERACIONES GENERALES: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Derecho internacional privado tiene por objeto principal y substancialmente (*) la determinación de la ley competente para regir una relación jurídica cuando la sujeción de uno o todos los elementos de la misma, a legislación distinta de los demás, plantea la cuestión de saber qué ley debe prevalecer o hasta dónde es posible la simultánea aplicación de las leyes diversas. Y basta esta noción fundamental para comprender que el criterio que se adopte para resolver el problema principal y los secundarios, debe servir tanto para resolver las competencias positivas, que es la hipótesis sobre que generalmente se discurre, como las negativas; esto es, la determinación de la ley competente, cuando ningún legislador extiende su competencia a una relación determinada

(*) Digo substancialmente porque aun la determinación de la condición jurídica del extranjero no es en último análisis sino una cuestión de competencia legislativa, así como las competencias judiciales y procesales no son, en definitiva, como dice Zitelmann, sino competencias, como las demás, a propósito de la relación jurídica procesal.



de Derecho, cuando cada uno, considerando la relación como sometida a otro, declina su competencia, quedando la relación, al menos en la apariencia, sin norma adecuada para regirla.

Si en el primer caso el principio fundamental no es otro sino determinar en vista de la naturaleza de la relación jurídica qué ley es la más conforme con la naturaleza misma de las cosas para regirla, según el criterio decisivo de Savigny, en el segundo caso la comunidad de derecho entre los pueblos cultos existente y la necesidad de que ningún hecho jurídico escape al derecho, impone también como criterio la sujeción del mismo a la ley más conforme con su naturaleza, sin atender al criterio exclusivo de una u otra de las leyes en competencia negativa.

A pesar de ello, haciendo cuestión aparte con las competencias negativas, los escritores contemporáneos han aumentado como nota Westlake (1), las dificultades naturales del Derecho internacional privado, puesto que el problema de la competencia legislativa, ya de por sí difícil lo bastante para que fuera calificado con acierto por Voet de «intrincatisimae ac prope inexplicabilis controversiae», se añade una nueva dificultad: la que surge de la elección entre los criterios varios para aplicar las leyes, la cuestión de competencia, no ya entre las reglas directamente reguladoras de las relaciones jurídicas, sino entre las reglas mismas del Derecho internacional privado, entre las reglas que deben regir y resolver el primer género de competencias, que a esto se reducen en definitiva todas las competencias negativas.

Y es ocioso encarecer la importancia capital de esta cuestión, que no afecta solamente, como creen algunos, al estatuto personal y a la elección entre la ley nacional o la del domicilio, sino que afecta y puede afectar a todas las partes y problemas particulares del Derecho internacional privado, pero que si afectara sólo al estatuto personal, sería ya por ello una de las cuestiones más importantes, porque, como dice Despagnet (2), el estatuto personal constituye la parte más importante del Derecho internacional, y afectando como afecta a todas sus partes, puede afirmarse con Lainé que todo el Derecho internacional privado se halla por esta cuestión afectado y comprometido (3). De aquí que los tratadistas más recientes estudien esta cuestión como uno de los problemas generales y previos que deben estudiarse antes de entrar de lleno en el estudio de las diversas partes y ramas del Derecho internacional privado, en el cual ha tomado en nuestro siglo, como dice Torres Cam-

(1) WESTLAKE: *Private international law*, 5.^a ed. London, 1912; pág. 30.

(2) DESPAGNET: *Precis de Droit international privé*, 5.^a ed. par De Bocck, París, Larosse et Tassin, 1909, pág. 334.

(3) LAINÉ: *La théorie du renvoi en Droit international privé*. «Revue de D. I. P.», 1906, página 636.



pos (4), uno de los primeros lugares entre las cuestiones que más se discuten, o es, como dice Nussbaum, «la más célebre controversia» (5).

El problema debatido es el siguiente: cuando el legislador de un Estado atribuye a otro la competencia para regir una determinada relación jurídica, y el legislador de este segundo Estado atribuye la competencia al del primero o a un tercer Estado, ¿qué ley se aplicará, puesto que la del primer Estado niega su competencia al afirmar la competencia del segundo y la de éste niega su competencia al afirmar la competencia del primero?

Se trata de determinar ante los Tribunales de España la capacidad civil de un inglés domiciliado en esta nación. Por interpretación del artículo 9.º del Código civil español, se admite entre nosotros que el estado y capacidad de las personas se rige por la ley nacional, que en este caso es la inglesa, y la ley inglesa remite para la determinación del estado y capacidad a la ley del domicilio, que es la española. Muere un francés dejando bienes inmuebles en España: en Francia la jurisprudencia, por interpretación del artículo 3.º del Código civil francés, establece que la sucesión de los inmuebles se rige por la ley del país de su situación, que en este caso es la española, pero la ley española (artículo 10 del Código civil) determina que las sucesiones, sea cualquiera la naturaleza de los bienes y el país en que estén sitos, se regirán, respecto al orden sucesorio, como a la cuantía de los derechos sucesorios y validez intrínseca de sus disposiciones, por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trata, es decir, en este caso, la ley francesa. ¿Qué ley se aplicará en estos casos y otros semejantes que podrían hacer interminable la lista de los ejemplos?

En todos ellos ocurre que la ley de todos los países resulta incompetente para regir la relación jurídica de que se trata. «El problema —dice el profesor Bustamante— envuelve una competencia legislativa de carácter negativo. Cada Estado atribuye al otro la aptitud para someter a su imperio la relación jurídica que hace nacer la dificultad. Y en cualquiera de esos Estados, o en un tercero, ajeno en cierto modo a la cuestión, hay que salvarla, extendiendo la eficacia obligatoria de alguna ley contra la voluntad del que la ha promulgado», añade Bustamante (6), y yo diría que sólo aparentemente contra la voluntad del que la ha promulgado.

Tal es la doctrina denominada en Francia del «renvoi», en Italia

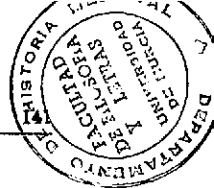
(4) TORRES CAMPOS: *Elementos de Derecho internacional privado*, 4.ª ed. Madrid, feb. 1913, página 118.

(5) A. NUSSBAUM: *Deutsches internationales Privatrecht*. Tübingen, 1932; pág. 52.

(6) BUSTAMANTE (A. S. DE): *El Orden público*, estudio de Derecho internacional privado. Habana, 1893; pág. 156.

del «rinvio», en Alemania del «rückverweisung» (7) y que los escritores hispanoamericanos conocen con los varios nombres de «renvío»—como quiere el Sr. Zeballos—, «retorno»—como dice Torres Campos—, «remisión»—como dicen los profesores Conde y Luque y Trías—o teoría de la «referencia»—como han dicho otros escritores españoles—. ¿Se acepta la aplicación de la ley designada por la norma de competencia del lugar donde ha surgido la cuestión y se ha hecho la primera designación de competencia? Los que sostienen esta opinión combaten y rechazan la «teoría de la remisión», porque ésta consiste precisamente en sostener que la ley aplicable es la del lugar del litigio u otra tercera, en virtud de la renuncia y remisión que hace la designada en primer término por la norma de competencia de la *lex fori*.

(7) Los alemanes emplean el término «Rückverweisung» para expresar la remisión entre dos países solamente y el término «Weiterverweisung» para designar la remisión a una tercera ley, o de una en otra a varias legislaciones. Los ingleses hablan de «renvoi of remital» (remisión de primer grado) y «renvoi of transmission» (remisión de segundo grado).



II

ORIGEN DEL PROBLEMA. SOLUCION DE LA JURISPRUDENCIA:**LA TEORIA DE LA REMISION (RENOVI)**

Prescindiendo de casos aislados, anteriormente conocidos, que no sentaron jurisprudencia (8), el origen y causa del problema debe buscarse, según Westlake (9), en la afirmación resuelta y terminante de la diversidad de criterios para determinar la ley competente en las diversas materias legislativas, sobre todo la nacionalidad y el domicilio en las relaciones personales, afirmación hecha de una manera decidida y expresa con motivo de la Codificación en el siglo XIX. «Desde la época de la Glosa sobre *Ley Cunctos populos*, hasta el siglo XIX—dice Westlake—, el momento de la mayor edad estaba determinado por la ley del domicilio, porque se convenía en que el legislador territorial tenía autoridad para fijarlo en cuanto a los que en su territorio estaban domiciliados, pero no en cuanto a los demás. Podría haber dificultades en la determinación del domicilio, pero una vez determinado, no podía haber duda en la determinación de la ley competente. Actualmente, mientras un legislador fija la mayor edad bajo el supuesto de que su autoridad se extiende a los domiciliados, otro la fija bajo el supuesto de que su autoridad se extiende a los nacionales, aun domiciliados en otra parte».

(8) NIHOVET: *Froland, les conflits de qualifications et la question du renvoi*, en la «Revue de D. I. P.», 1926, págs. 15 y sigts., y *Principios de Derecho internacional privado*, trad. esp. Madrid, 1930, pág. 319. *Traité de Droit international Privé française*, Sirey, 1944, págs. 438 a 441, y especialmente la nota 1 de la pág. 441.

(9) WESTLAKE: Ob. cit., págs. 31 y sigts. o en la trad. francesa de esta obra por P. Goule, con prólogo de Lapradelle, *Traité de Droit international Privé*. Paris, 1914, págs. 33 y sigts.



Pero si el problema ha debido surgir con la codificación desde principios del siglo XIX, según Westlake, el escritor inglés Bate, que hace un estudio especial del asunto y cita y enumera todas las decisiones judiciales en que se plantea y se resuelve la cuestión, hasta la publicación de su trabajo, estima que la primera aplicación práctica de la doctrina corresponde al año 1856 (10), si bien las circunstancias de principios del siglo XIX en toda Europa y la dificultad de información en esa época hacen que ambas opiniones no sean en rigor incompatibles, mucho más cuanto que si la obra codificadora se inicia con la Revolución, su desarrollo abarca hasta el último tercio del siglo pasado.

Sea de esto lo que quiera, y prescindiendo de estos antecedentes que no son de gran importancia para el objeto de este trabajo, la cuestión doctrinal se ha planteado de un modo casi simultáneo en Francia y Bélgica, a propósito de dos casos procesales que, por su importancia, por la notoriedad que alcanzaron y por plantear de un modo claro el problema, motivaron los estudios del eminente escritor belga Laurent y del profesor de París Labbé, que han sido la base y la iniciación de la discusión científica posterior.

Francisco Javier Forgo, natural de Baviera, con domicilio legal en esta ciudad y en estado de hijo natural, había sido conducido en edad temprana a Francia, donde había residido toda su vida y dónde no sólo no se había naturalizado, sino que jamás había solicitado del Gobierno francés autorización para fijar su domicilio. Murió Forgo en Tolosa, dejando una fortuna mueble de gran consideración y sin más sucesores que varios parientes colaterales de su madre natural. La Administración francesa obtuvo por de pronto, por sentencia del Tribunal de Pau de 13 de octubre de 1860, la posesión de la herencia, en virtud del artículo 766 del Código civil francés, según el cual sólo el padre o madre natural suceden al hijo reconocido, y en caso de fallecimiento anterior de éstos, sucede el Estado. Los parientes naturales de Forgo dedujeron, sin embargo, la acción de petición de herencia, fundándose en que se trataba de una herencia constituída por bienes muebles y, según la doctrina admitida por la jurisprudencia francesa, la ley aplicable a una sucesión de esa naturaleza era la ley del último domicilio del de *cujus*: como Forgo había conservado siempre su domicilio legal en Baviera, era la ley bávara la competente para regir su sucesión, y la ley bávara reconocía el derecho a suceder de los colaterales naturales. Deducida esta demanda ante el Tribunal de Pau, éste por sentencia de 14 de marzo de 1874, desestimó las pretensiones de los actores, pero el Tri-

(10) BATE: *Notes on the Doctrine of renvoi in Private international law*, Londres, 1904, página 25.



bunal Supremo, casando la sentencia, decidió, en el sentido mismo de la demanda de los parientes de Forgo, remitiendo a las partes para la revisión del asunto ante el Tribunal de Burdeos, el cual en sentencia de 24 de mayo de 1876 accedió a la pretensión deducida en la demanda, aplicando la ley bávara que llamaba a la sucesión a los parientes naturales de Forgo.

Y fué entonces cuando surgió la cuestión de la remisión o referencia: La Administración francesa, vencida en el pleito, recurrió contra la sentencia del Tribunal de Burdeos, fundándose precisamente en la ley bávara, que si era de aplicar según la sentencia recurrida, se había aplicado sólo parcialmente y se había aplicado mal. Según la ley bávara, en el caso de que un bávaro tenga un domicilio de hecho en el extranjero, la ley de este lugar debe regir su sucesión, y por consiguiente era la ley francesa, puesto que Forgo tenía un domicilio de hecho en Francia, la que, según el derecho aplicable de Baviera, se debía haber aplicado en este caso y en la sentencia recurrida se violaba a la vez la ley bávara y la ley francesa, cuyo artículo 763 era el de directa aplicación confiriendo al Estado francés la sucesión de Forgo. El Tribunal Supremo francés, aceptando esta argumentación, casó la sentencia del Tribunal de Burdeos, remitiendo a las partes al Tribunal de Tolosa, domicilio de hecho de Forgo, el cual, por sentencia de 22 de mayo de 1880, reconoció definitivamente los derechos de la Administración francesa. Aun cuando los parientes colaterales de Forgo adujeron nuevas pretensiones, todas fueron definitivamente desestimadas por el Tribunal Supremo francés en sentencia de 22 de febrero de 1882, quedando la sucesión Forgo definitivamente a beneficio del Estado.

El caso belga, sin tantas incidencias procesales, fué de una semejante o mayor sencillez. El matrimonio Bigwood era de nacionalidad inglesa y estaba domiciliado en Bélgica. La mujer dedujo ante el Tribunal de su domicilio una demanda de divorcio contra su marido por sevicia e injurias graves, fundándose en el artículo 231 del Código civil belga. El marido, por su parte, se opuso a la demanda alegando que aun siendo ciertos los hechos, las causas de divorcio se habían de regir, conforme a la ley belga, por la ley nacional, y que la ley nacional, en el caso la inglesa, no autorizaba el divorcio por las causas alegadas en la demanda, sino sólo la separación personal. Su mujer replicó que la ley nacional inglesa, indicada por la ley belga, subordina las causas de divorcio, como cuanto se refiere al estado y capacidad de las personas, a la ley del domicilio, es decir, en el caso a la de Bélgica. El Tribunal de Bruselas, en sentencia de 14 de mayo de 1881, aceptó la doctrina invocada en la demanda, pronunciando el divorcio según la ley belga.

La jurisprudencia sentada en estas dos célebres decisiones, que mo-

tivaron, como he dicho, con las críticas respectivas de Laurent y Labbé, el planteamiento de la cuestión en el orden científico, fué seguida por numerosas decisiones en Francia, Bélgica, Inglaterra, Italia, Alemania, Suiza, Portugal y Venezuela, en las cuales, como advierte Lainé, si se aplica la teoría de la referencia, los Tribunales se abstienen de desarrollarla ni de justificarla, jurisprudencia que por otra parte no es constante, ya que en los mismos países pueden citarse otras sentencias que rechazan abiertamente la doctrina (11). Por otra parte, y tal es la razón que nos mueve a no entrar en la exposición, análisis y crítica de los innumerables casos citados, que daría una extraordinaria extensión a este estudio, en ellos o se plantea siempre la misma cuestión, cuya repetición resultaría fatigosa, o se trata de decisiones judiciales de oportunidad y autoridad, aquí muy dudosas, decisiones que aun citadas por los escritores al tratar de la remisión, tienen, como advierte De Boeck, fundamento diverso al que pudiera darles la teoría de la referencia. Así en Rusia, bajo el influjo de los tratadistas soviéticos, que creen justo reducir al mínimo la aplicación del «derecho burgués», la reciente jurisprudencia es favorable a la remisión, que acepta siempre que tenga por consecuencia la aplicación de la ley soviética en vez de la extranjera (12).

(11) A más de la información que puede obtenerse en las compilaciones generales de jurisprudencia, en las Revistas técnicas, etc., para una información especial de la jurisprudencia inglesa y norteamericana sobre esta cuestión de la referencia, debe verse: BATH y WESTLAKE: Obras citadas.—Dicey: *A digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, 2.^a ed. London, 1908, págs. 718 y sigts.—GRUNWALD-DEBITZ: *Hückverweisung im englischen u nordamerikanischen Privatrecht*, 1932 (citado por Wolff), y E. WIGNY el W. I. BROEKELBANK: *Exposé du D. I. P. Americain*. París, Sirey, 1938. Y para la francesa con noticia de la jurisprudencia extranjera, deben verse las minuciosas notas puestas por DE BOECK en la 5.^a ed. del «*Precis*» de Despagnet ya citadas, especialmente nota 4 de la pág. 331.—PORU: *La question du renvoi en D. I. P.* París, 1913.—F. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ: *La doctrina del Renvoi*, en la «*Revista de Derecho internacional*» (Habana), 1928, págs. 231-250; y DONNEDIEU DE VABRES (I.): *L'évolution de la jurisprudence française en matière de conflits de lois*, París, 1938, págs. 709 y sigts., que comenta la divergencia entre el Tribunal Supremo francés y los locales.

(12) V. S. B. KRIVLOV (1930), STUCKA (Moscú, 1929) y PERETERSKI, citados por A. N. MAKAROV: *Precis de D. I. P. d'après la législation et la doctrine russes*. París, Giard, 1932, págs. 122-123.

III

LEGISLACIONES POSITIVAS Y CONVENIOS

La doctrina, que como vemos nació en la jurisprudencia y fué discutida en la misma jurisprudencia, ha sido después aceptada en determinadas leyes interiores de algunos países y en acuerdos internacionales, según se dice por varios tratadistas.

La ley húngara sobre matrimonio de 18 de diciembre de 1894 dispone en su artículo 108 que «la validez del matrimonio contraído en país extranjero debe ser apreciada, en lo que toca a la capacidad de los esposos, por la ley nacional de cada uno de éstos..., a menos que dicha ley nacional no prescriba la aplicación de una ley diversa». Lo mismo dispone la ley sueca de 8 de julio de 1904.

La ley de introducción del Código civil alemán de 18 de agosto de 1896 dispone en su artículo 27 que «si según el derecho de un Estado extranjero, cuyas leyes son declaradas aplicables por los artículos 7.º, 13, 15, 17 y 25 (artículos éstos que hacen referencia a la ley aplicable en la esfera de las relaciones personales, familiares y sucesorias), deben aplicarse las leyes alemanas, serán éstas aplicadas».

El artículo 29 de la ley japonesa I-Io-rei (reglas generales para la aplicación de las leyes) de 15 de junio de 1898, como copia que es del 27 de la ley alemana que acabo de citar, contiene la misma disposición. Y en el mismo sentido se inspira el Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 (para entrar a regir en 1.º de enero de 1912) en su título último, artículos 61 y 62. La ley polaca de 2 de agosto de 1926 dice en su artículo 36: «Cuando la presente ley reconozca como competente

para reglamentar una relación jurídica dada al derecho de un Estado a título de ley nacional de un extranjero, y según este derecho deba aplicarse otra ley, esta última será aplicada en Polonia». Mediante esta fórmula se admite la remisión en primero y segundo grado. En cambio, el legislador chino sólo la admite en primer grado, puesto que, según la ley china de 5 de agosto de 1926, «en los casos en que la presente ley ordena la aplicación de la ley nacional de una persona y ésta remite el conocimiento a la ley china, se aplicará esta última».

El artículo 91 de la ley cambiaria alemana de 21 de junio de 1933 dispone que la capacidad para obligarse en materia cambiaria se regirá por la ley nacional; pero si ésta declara competente otra ley, ésta será la aplicada.

El artículo 4.º de la ley sobre competencias legislativas o conflictos de leyes del reino de Siam de 10 de marzo de 1939 dispone que «cuando se declara por ella como competente una ley extranjera y ésta preceptúa la aplicación de la ley siamesa, se aplicará el derecho material siamés y no las reglas siamesas de competencia o de conflicto». También reduce al solo caso del primer grado su aceptación la Ordenanza Palestina de 1922 (artículo 2.º). Pero también hay textos legales que niegan la remisión y se oponen al reenvío.

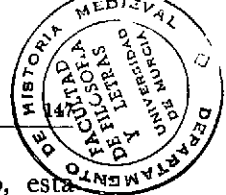
El artículo 20 del título preliminar del nuevo Código italiano de 1942 dispone que «cuando según los artículos precedentes, deba ser aplicada una ley extranjera, se aplicarán las disposiciones de dicha ley, sin tener en cuenta el reenvío que ésta pueda hacer a cualquiera otra ley».

Lo mismo dispone el artículo 32 del Código civil griego de 15 de marzo de 1940.

Y aun no siendo texto legal positivo, debe mencionarse aquí por su carácter el artículo 7.º del «Restatement» norteamericano, que resuelve que «cuando la ley Tribunal de un Estado ordena la aplicación de la ley de otro Estado a una situación dada, la ley extranjera aplicable es la referente a la especie concreta o materia de que se trate y no la regla de conflicto del Estado extranjero». «Porque el único Derecho internacional privado al que es lícito y posible acudir para juzgar el asunto—añade el «Restatement»—es el del Tribunal».

Como acuerdos internacionales deben mencionarse: El Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902, cuyo artículo 1.º dispone que «la capacidad para contraer matrimonio se regirá por la ley nacional de cada uno de los futuros esposos, a no ser que una disposición de esta ley se refiera a otra distinta». Los Convenios de Ginebra de 1930 sobre letra de cambio y de 1931 sobre cheques, disponen en sus idénticos artículos segundos que la capacidad para obligarse en materia cambiaria (por letra de cambio o por cheques) será determinada por la ley nacional.





Pero si la ley nacional declara competente la ley de otro Estado, esta última será la aplicable (13).

Y el Código americano de Derecho internacional privado (Código Bustamante), puesto en vigor por el Convenio de La Habana de 20 de febrero de 1928, que dice: «Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior».

Según nos explica el propio Bustamante, autor del Código (Bustamante: «La Comisión de Jurisconsultos de Río Janeiro y el Derecho internacional». Habana, 1927, páginas 93, 94 y 182-187.—«La nacionalidad y el domicilio». Habana, 1927, páginas 27 y 63; y «El Código de Derecho internacional privado y la sexta Conferencia Panamericana». Habana, 1929, páginas 154-155 y 180), como fórmula de supresión del problema de la referencia, el primitivo proyecto decía así: «Cada Estado contratante aplicará a los nacionales de los demás las leyes de orden público interno de su domicilio o de su nacionalidad según el sistema que adopte el Estado a que pertenezcan». Pero esta fórmula, «que excluye todo reenvío—como dice Bustamante—y hace innecesarias las complicadas y confusas distinciones que de esta invención reciente se han originado para la doctrina y la jurisprudencia», porque según ella «ninguna ley se refiere a otra, ya que es siempre una y la misma, la del domicilio, para el ciudadano del país que lo sigue, la nacional para los de aquellos Estados que la prefieren», sufrió en la reunión de la Comisión la ofensiva de los partidarios del sistema de domicilio, y ante ella el mismo Bustamante propuso como nueva fórmula de transacción la que después fué con una ligera variante de redacción el citado artículo 7.º del Código Bustamante, que suprime también la remisión, pero a base de la territorialidad del Derecho.

En cuanto se medita sobre el valor de los textos positivos expuestos, surge una observación indiscutible y decisiva.

Fedozzi ha puesto de relieve la posición diversa ante este problema del legislador y del juez. La posición del juez es la de intérprete y ejecutor del precepto legal. Por eso dice Donnedieu de Vabres (ob. cit., página 729) que si una norma internacional (o nacional) le manda aceptar la remisión, debe aceptarla. Si nada dice, comienza la función interpretadora, en la que debe sobre todo evitar el absurdo de dar a todo un sistema de normas una interpretación que esté en antítesis con la querida por los autores del sistema.

El problema cambia de aspecto cuando se le considera desde el punto de vista del legislador y no del juez. El legislador puede pregun-

(13) Ninguno de estos convenios ha sido ratificado por España.



tarse: ¿es útil o conveniente u oportuno aceptar la devolución en general o sólo para algunos casos? El legislador puede contestarse, como el negociador, que sí y ninguna razón teórica puede impedirle que satisfaga esa necesidad. Así la finalidad de extender el imperio o aplicación de la ley propia, evitar la finalidad de una ley extraña, la conveniencia de procurar la uniformidad legislativa, etc., son finalidades propias del legislador y no del juez (14).

Por eso el problema se reduce naturalmente al caso judicial de necesaria interpretación, único en que hay competencia negativa.

El problema que trata de resolver la teoría de la referencia es, como hemos dicho, el problema de la competencia negativa de los Estados en su función legislativa: cuando un Estado determina que la relación se rige por la ley nacional y declara implícitamente su incompetencia respecto de la relación mantenida por extranjeros y acudimos a la ley de éstos como ley nacional y vemos que ésta sostiene que debe aplicarse la ley del domicilio, declarándose también implícitamente incompetente y remitiendo la competencia a una ley que ya anticipadamente se había declarado incompetente, entonces surge el problema a que la jurisprudencia dió la solución que ya hemos visto y en apoyo de la cual se ha construído la teoría de que tratamos.

Y desde el momento en que un legislador sale de su posición negativa y afirma su competencia sobre una determinada relación de derecho, se suprime radicalmente el problema. Podrá discutirse entonces si el legislador hizo bien o mal, la razón y el fundamento de su conducta, pero lo que resulta evidente es que el problema de la competencia negativa ya no existe. Lo que han hecho, pues, los legisladores húngaros, alemán y japonés, como los demás, y las Conferencias de La Haya, Ginebra y La Habana, ha sido prever la dificultad que surge de la oposición entre la ley nacional y la del domicilio, especialmente en las materias a que determinada y concretamente se refieren y resolver esa dificultad que consiste esencialmente en determinar la ley competente en el caso de una relación jurídica, huérfana, diríamos, de regla de derecho por declararse incompetentes las leyes que, según cualquiera de los criterios que pudieran ser aceptados, debería regirla.

(14) FEDOZZI (P.): *Il Diritto internazionale privato*. Padova, Cedam, 1935, págs. 207-213.

IV

DOCTRINA CIENTIFICA FAVORABLE A LA REFERENCIA:**SINTESIS DE LA ARGUMENTACION**

Pero si las leyes y convenciones referidas vienen en rigor a suprimir el problema, su reducción material, en cuanto a los casos en concreto a que se extienden, y territorial, en cuanto ni siquiera las Convenciones que se citan han sido unánimemente aceptadas por los pueblos civilizados ni aun por una mayoría de ellos, deja en pie la cuestión y da interés siempre de actualidad a su resolución. ¿Qué ley es la competente para regir la relación jurídica en caso de competencia negativa?

Que hay que salvar la dificultad es indudable, ya lo hemos dicho, porque no se concibe una relación jurídica sin regla de derecho que la rijan. Pero para salvarla no creo que sea preciso, como dice Bustamante, «extender la eficacia obligatoria de alguna ley contra la voluntad del que la ha promulgado», sino más bien interpretar rectamente la voluntad del legislador y aplicar con conocimiento exacto y total de la realidad la ley más conforme con la naturaleza de la relación jurídica, que es la ley del lugar donde la relación, que en este caso aparece como extraña a todos los lugares, debe racionalmente ser localizada. Pero antes de aplicar a la cuestión este procedimiento y resolverla según él, veamos el desarrollo de la discusión científica que ha motivado.

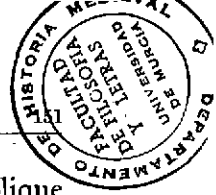
La tesis de la jurisprudencia francesa en el caso *Forgo* y de la belga en el caso *Bigwood*, por haber sido la primera que ha tratado de resolver la cuestión, es la primera que importa examinar. Ha sido desarrollada y defendida en los escritos de algunos jurisconsultos, que

si forman una notable minoría, figuran entre los escritores de más autoridad en esta ciencia. Los alemanes Keidel, von Bar, Frankenstein, Raape, Melchior y Nussbaum; el austríaco Neumann, el belga Rolin, los españoles Torres Campos y Triás; los franceses Vareilles-Sommières y Weiss; los ingleses Westlake y Dicey; los italianos Fiore, Brussa y Gabba; el suizo Brocher y el ruso Stucka, son los que principalmente han sostenido con su autoridad científica la corrección, acierto y justicia de aquella jurisprudencia. No es posible reproducir aquí cuanto por tan eminentes juristas se ha dicho. Pero cabe sintetizar la argumentación de su doctrina de este modo (15):

1.º Se ha dicho en primer término, resucitando la vieja doctrina de los estatutarios holandeses del siglo XVII, que el principio fundamental del Derecho internacional privado es que las leyes son *extricta* y absolutamente territoriales. «La Justicia no exige por sí misma y a priori» la aplicación a los extranjeros de su estatuto personal (16). Lo que puede impulsar a los soberanos a conceder a dichos estatutos entrada y aplicación en el territorio y a tolerar los inconvenientes que esta aplicación trae consigo, es más bien, como decían los antiguos, la *corresía* y sobre todo la utilidad, el interés bien entendido, las ventajas superiores en verdad a los inconvenientes». Ahora bien: si la designación por el legislador territorial de una ley extranjera como la competente para regir, aun en el territorio, una determinada relación jurídica, no constituye sino una concesión puramente graciosa y facultativa y no el cumplimiento de un deber rigurosamente jurídico, síguese como consecuencia lógica que si el legislador extraño declina y renun-

(15) KEIDEL: *Le Droit international privé dans le nouveau Code civil allemand*, en el «Journal Clunet», 1889, y *De la théorie du renvoi en droit international privé*, dans le nouveau Code civil allemand, «Journal Clunet», 1901.—VON BAR: *Theorie und Praxis des internationalen Privatrecht*. Hannover, 1889; vol. I, núm. 94.—FRANKENSTEIN: *Internationales Privatrecht*. Berlín, Granewald, 1926; tomo I, págs. 49-61.—L. RAAPE: *Les rapports juridiques entre parents et enfants, et les problèmes fondamentaux du Droit international privé*, en el «Recueil de la Academia de La Haya», tomo 50 (1934), IV, págs. 405-538, y *Deutsches internationales Privatrecht*, tomo I, págs. 41 y 54.—G. MELCHIOR: *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrecht*. Berlín-Leipzig, Waller de Gouyter, 1932; págs. 193-245.—NUSSBAUM (A.): *Deutsches internationales Privatrecht*. Tübingen, 1932; págs. 51-59.—NEUMANN: *Internationales Privatrecht*. Berlín, 1896; pág. 25.—ROLIN: *Principes de Droit international privé*. París, 1897; vol. I, página 258.—TORRES CAMPOS: *Elementos de D. I. P.*, 4.ª ed. Madrid, feb. 1913, pág. 115.—TRIÁS Y GIRÓ y TRIÁS DE BBS: *Estudios de D. I. P.* Barcelona, 1921; pág. 404.—VAREILLES-SOMMIÈRES: *La synthèse du Droit international privé*. París, 1897; tomo II, pág. 97.—WEISS: *Manual de D. I. P.*, trad., prólogo y notas de Zeballos, 5.ª ed. París, 1911; tomo I, pág. 491.—WESTLAKE: Obra y lugar citado.—DICEY: *A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws*, 2.ª ed. Londres, 1908; pág. 77; 4.ª ed. 1927.—FIORE: *Diritto internazionale privato*. Torino, 1900, 4.ª ed., tomo III, núm. 1.337, y *Du conflicts entre les dispositions legislatives de Droit international privé*. «Journal Clunet», 1901; pág. 424.—BRUSSA: *Anuario del Instituto de Derecho Inter.*, tomo XVII, pág. 227.—GABBA: *Introduzione al Diritto civile internazionale italiano*. Roma, 1908; pág. 53.—C. BROCHER: *Cours de Droit international privé*. París, Genere, 1882-83; tomo I, pág. 167.—STUCKA: *Curso de Derecho civil soviético (en ruso)*. Moscú, 1929; tomo II, pág. 22.

(16) VAREILLES-SOMMIÈRES: *Ob. cit.*, tomo I, pág. 37, y tomo II, págs. 95-96.



cia este favor y expresa, por el contrario, su deseo de que se aplique la ley territorial, el legislador territorial no puede menos que retirar su concesión y atenerse al principio fundamental y regla general de la territorialidad de las leyes..., lo cual, en el sentir de estos neoestatutarios, conduce directamente al sistema de la referencia tal como lo construyó la jurisprudencia francesa en el caso Forgo.

Todo el razonamiento apuntado cae por su base desde el momento en que, atacándolo en sus raíces, se estime, como es opinión común de la doctrina moderna, desde Savigny, que la aplicación de la ley extranjera no es una pura concesión graciosa del soberano territorial, sino cumplimiento de un deber jurídico, derivado de la comunidad de derecho existente entre los pueblos, o de otras razones y fundamentos, pero en definitiva cumplimiento de un deber jurídico.

Pero también entre los que así piensan ha tenido defensores la teoría de la remisión, que brota para ellos del fondo mismo de las doctrinas modernas.

2.º Entre las doctrinas que dan fundamento jurídico al Derecho internacional privado, y que mejor razonan la aplicación extraterritorial de las leyes, como derivada de la naturaleza misma de las cosas, la escuela italiana, por la difusión que ha alcanzado en casi todos los pueblos cultos y la influencia que realmente ha logrado en el derecho positivo, merece una especial mención. Y entre los tratadistas de esta escuela merece una atención particular Fiore, por su autoridad científica y por el estudio especial que de la cuestión ha hecho en las últimas ediciones de su «Derecho internacional privado» y en el trabajo que publicó en el «Journal Clunet». Según Fiore, en la determinación de la competencia legislativa, por las razones que expuso ya Mancini, y que por ser de todos conocidas no exponemos, debe preferirse la ley nacional como la más adecuada para regir el estado y capacidad de las personas, las relaciones familiares y el régimen sucesorio. Pero la competencia legislativa del Estado nacional no tiene efectos sola y puramente internos, sino que tiene, por consecuencia y complemento necesario, el efecto extraterritorial o internacional, porque ambas competencias no forman sino una sola y única competencia. De esta suerte, la soberanía nacional no tiene solamente el derecho y el deber de regular el estado y capacidad de los nacionales y cuanto con ello se relacione, sino que en el caso de competencia o contacto de su ley con la ley de otro país, le corresponde, aun fuera del territorio, la solución del conflicto. Y así como toda cuestión referente al estado y capacidad de un italiano, sea cual fuere el país en que se promueva, debe resolverse por la ley italiana, así también cuando se promueva en Italia una cuestión referente al estado o capacidad de un extranjero, debe resol-



verse la cuestión por su ley nacional, porque es éste asunto de la competencia interna e internacional de este legislador. Y si éste, como legislador nacional, somete a sus súbditos a la ley de su domicilio, la ley italiana, como ley de su domicilio, debe serles aplicada. No quiere decir esto que se verifique una remisión o referencia. A mis ojos, dice Fiore, no hay que hablar de remisión o no remisión. A pesar de la novedad que hasta cierto punto ofrece esta cuestión, en realidad tiene por objeto un asunto muy tratado hasta el presente: la cuestión o el problema de la autoridad de la ley en el territorio como fuera del territorio, que constituye la materia misma del Derecho internacional privado, comprende la cuestión especial del «rinvio» tal y como se ha planteado en nuestros días. Se trata, en ella, solamente de reconocer que la condición civil de cada uno y los derechos civiles que resultan de ella, incluso los que se refieren a la continuación de la personalidad por medio de la sucesión, debe regirse, dice Fiore, por la ley del Estado a que pertenece la persona por su nacionalidad.

La tesis de la escuela italiana interpretada por Fiore ha sido reforzada en Alemania por Frankenstein (ob. y lug. citados), quien a partir de sus ideas de derecho objetivo, de Derecho internacional privado y de sus demás conceptos previos, estima que la ley del Estado a que el hombre pertenece por su nacionalidad (*lex patriae*) y la ley del Estado en que los bienes se hallen situados (*lex rei sitae*), que son primeramente competentes, pueden despojarse de esta competencia y tienen poder y facultad para delegar, para remitir a un tercer derecho o ley (*secundare Anknüpfungen*), imponiendo a los demás derechos internos su voluntad superior, imposición que no puede ser hecha por el legislador respecto a personas y cosas que no le están sometidos como súbditos por su nacionalidad.

El profesor francés Andrés Weiss, tan conocido entre nosotros y los países hispanoamericanos, representante muy autorizado de la escuela italiana en Francia, dice, inspirándose en esta doctrina, con el asentimiento de su anotador el profesor argentino Zeballos (17), que en el ejemplo propuesto por Fiore (que él reproduce) debe aplicarse la ley italiana al estado y capacidad del inglés domiciliado en Italia, porque con ello ningún menoscabo sufren las reglas que el Código civil italiano ha considerado propias para resolver los conflictos internacionales. Estas leyes se proponen conciliar los derechos de la soberanía personal del extranjero con los de la soberanía a que efectivamente se halla sometido, pero desde que aquélla no reclama todas las ventajas que le son ofrecidas, desde que se refiere a la ley del domicilio, como

(17) TORRES CAMPOS: Ob. cit., pág. 117.

la más conveniente al litigio, desde que no consienta en proteger por sí misma al nacional, el legislador local no puede tener la misión de imponer a éste una protección que su propio país le niega. En verdad, *no existe ya conflicto de leyes*, el conflicto queda desatado por acuerdo común. Luego cuando el juez italiano aplica la ley de su domicilio italiano al súbdito inglés cuyos derechos están en suspenso en su Estado..., le aplica en realidad su ley nacional, la ley inglesa, porque ella misma ha consagrado el renvío a la *lex domicilii*.

Torres Campos, aun cuando no con la claridad y extensión que fuera en él de desear, estima (18) que aplicar en los ejemplos propuestos la ley territorial al extranjero domiciliado, es tanto como aplicar la misma ley nacional de la persona de que se trata.

En definitiva, el argumento en favor de la referencia de que tratamos, aceptado por los tratadistas a que nos hemos referido, pudiera ser razonado, a la vez desde el punto de vista de Savigny y de la escuela italiana, en resumen de este modo: En los casos a que la doctrina de la remisión se refiere, se trata, como en todos, de determinar qué ley es la más adecuada como más conforme con su naturaleza para regirlos. Cuando el legislador inglés o el argentino designan la ley del domicilio para regir el estado y capacidad de las personas y las relaciones jurídicas de él derivadas y con él relacionadas, es porque han tenido presente que el carácter de su pueblo, la facilidad de la adaptación al medio peculiar en sus respectivas razas y las demás razones que han debido sin duda tener en cuenta, hacen que sea la más adecuada para regir el estado y capacidad de argentinos o ingleses, las leyes de sus domicilios, como el género de costumbres, la disposición del territorio, el clima y las demás circunstancias de Inglaterra y Argentina que han debido tener en cuenta, permitiendo al extranjero una pronta adaptación al medio, aconsejan someterlo a la ley territorial de su domicilio como la más adecuada para regir su estado y capacidad. Ahora bien: si se trata de aplicar la ley más conforme con la naturaleza de las cosas a las cuestiones de estado y capacidad de un inglés o un argentino, o se quiere imponerles la ley nacional porque se prejuzga que se trata de la más adecuada, dicha ley será sin duda la inglesa o la argentina cuando vivan en Inglaterra o Argentina, pero dicha ley será la ley local territorial por las razones apuntadas cuando estén domiciliados en el extranjero.

Esta solución se justifica además por otras razones de carácter práctico y utilitario que aducen y repiten con insistencia todos sus defensores.

(18) Weiss: Ob. cit. y lugar últimamente citados.

3.º Conduce por regla general a que cada juez aplique su derecho. Refiriéndose a los casos en que deba juzgarse de la capacidad de un argentino domiciliado en Italia o en España, dice Torres Campos que no ve inconveniente en que se admita la referencia en ambos casos, «pues tienden a extender la competencia de las leyes italiana y española. Otra cosa sería—añade—si se tratase de determinar en España el estado y capacidad de un argentino domiciliado en Inglaterra. La ley española se refiere a la argentina y la argentina a la inglesa. No se extienden en el caso en cuestión la competencia de las leyes españolas ni la de la ley argentina, sino la inglesa, hecho no comprendido en la disposición española», por lo que debe en tales casos rechazarse la referencia (19).

Es el mismo punto de vista ya indicado de los tratadistas soviéticos, en su mayoría (Krylov, Pereterskij, Stucka) fieles a las consignas de sus normas políticas (20).

Este argumento ha sido expuesto por Wolff de un modo más elevado y mejor fundamentado en derecho cuando dice (21) que la admisión de la devolución es saludable «en aquellos casos en que conduce a la aplicación del Derecho propio del juez. No debe rechazarse la tendencia de los jueces laboriosos a aplicar su propio derecho hasta donde les sea posible. Como todo juez conoce a fondo el derecho de su país, puede seguir sin dificultad las modificaciones de la jurisprudencia. El estudio del Derecho extranjero, aun cuando el juez domine bastante los idiomas extranjeros y tenga a mano la legislación, bibliografía y jurisprudencia de dichos países, le dejará casi siempre en la duda de si no ha cometido algún error en la labor de hallar el Derecho y especialmente de si ha podido tener noticia y conocimiento de las últimas leyes y disposiciones o sentencias del país extranjero. El juez que aplica Derecho extranjero nunca podrá tener aquel sentimiento de dar una sentencia justa, aquella seguridad de haber pronunciado una sentencia justa que tiene cuando aplica su propio Derecho».

«Según esto, el reenvío debe considerarse como admisible en todos aquellos casos en que conduzca a la aplicación del Derecho propio del juez, o sea en los casos de reenvío simple, y asimismo en el caso de que el reenvío ulterior conduzca mediante un rodeo a la aplicación del Derecho propio del juez. Por ejemplo: Un argentino nacido en Berlín y domiciliado durante cincuenta años en el mismo Berlín, se instala en Londres para resolver sus asuntos e intervenir en diversos negocios, pero con el propósito de volver a Berlín dentro de algunos años.

(19) TORRES CAMPOS: Ob. cit., pág. 117.

(20) Véase la nota 12.

(21) WOLFF (M.): *Derecho internacional privado*, trad. de J. Rovira (Colección Labor), 1936; páginas 126-27.

Fallece en Londres, y si como es probable intervienen los Tribunales alemanes en su testamento, aplicarán el Derecho argentino (su ley nacional), pero las normas argentinas consideran competente la ley del domicilio, o sea el Derecho inglés como domicilio al tiempo de su fallecimiento, pero el Derecho inglés remite al Derecho del domicilio, o sea el alemán, ya que para el Derecho inglés continuaba el causante teniendo su domicilio en Alemania».

Pero como dice Lewald (22), «la pretendida ventaja práctica del argumento es bastante precaria y pierde su valor si se piensa en que de todos modos el juez tendrá que conocer y estudiar el Derecho extranjero para resolver ciertos problemas de interpretación anteriores a la admisión o negación del reenvío, como el examen de las circunstancias por aquel Derecho exigidas para que proceda (definición de «domicilio», de «nacionalidad» y demás elementos de conexión), la relación del caso con el Orden público de aquel país, etc.

Pero sobre todo no se trata en nuestro Derecho de extender a toda costa la aplicación de nuestra ley, sino de aplicar en cada caso la ley debida, y este modo de favorecer a la ley propia y de extender su imperio, dice Kahn (23), recuerda el principio de Wächter «in dubio pro lege fori» y es algo infundado como verdadero «juego de niños».

4.º Pero el argumento práctico más impresionante, generalmente aceptado e invocado por los defensores de la referencia, es el del interés general y conveniencia particular de cada Estado en resolver las cuestiones y dictar las sentencias de un modo uniforme, siempre idénticas sea cual fuere el país en que se plantea el pleito.

El profesor Weiss se pregunta: ¿No tiene acaso por fin el Derecho internacional privado asegurar a los pleitos en conexión con dos o más leyes diferentes, una solución siempre idéntica, sea cual fuere el lugar donde se produzcan? «Pues hay en favor de la remisión una consideración de carácter práctico que responde a la vez a esta misión del Derecho internacional privado y a la conveniencia y necesidad de que la sentencia obtenga el exequatur en el país extranjero, donde casi siempre tendrá necesidad de surtir sus efectos y se ahogará en el huevo un nuevo conflicto que pudiera estallar».

El mismo argumento repiten Vareilles-Sommieres, el portugués Veiga Beiras y, en suma, como decimos, todos los partidarios de la referencia, estimando que sólo el reconocimiento de la remisión puede conducir a esa codiciada uniformidad de decisiones judiciales, mientras que su negación produce la enojosa contradicción de los fallos, según

(22) H. LEWALD: *Règles générales des conflits de lois*. Basel, 1941; págs. 59-60.

(23) KAHN: *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, por O. Lenel y H. Lewald. Munchen-Leipzig, 1928; vol. I, págs. 124 y sigts.

el lugar de su pronunciamiento, con todas sus dolorosas consecuencias en materia de tan capital importancia. Pero he dicho todos y debo rectificar, porque hay uno, Westlake, el único que yo sepa, y uno de los escritores que mejor han estudiado esta cuestión, que defendiendo la teoría de la remisión, reconoce que así como su admisión puede producir sentencias diversas según el país en que la cuestión litigiosa se plantea y resuelva, así también la negación de la referencia puede producir la uniformidad de las decisiones judiciales cuando todos los jueces apliquen al caso la ley que debe regirlo (24).

5.º Los defensores de la remisión aducen, en fin, un argumento fundamental en su doctrina, que de propósito hemos colocado el último, porque es una contradicción o es un arma de dos filos que conduce a un círculo vicioso del que no es posible salir en modo alguno.

Cuando la ley territorial, dice el marqués de Vareilles-Sommieres, declarará aplicable una ley extranjera, es indudable la ley de Derecho interno, la ley que rige directa e inmediatamente la relación de Derecho litigiosa, la designada como competente; pero entre esta regla de Derecho interno extranjero y la regla correspondiente de Derecho internacional que forma parte de la misma legislación, hay una relación tan estrecha, que ambas no forman sino una sola y única ley. De aquí que la competencia que el legislador territorial había atribuido a la ley extranjera de Derecho interno se comunique a la regla de Derecho internacional de la misma legislación y la remisión que hace esta última regla se impone con la autoridad misma del legislador extranjero que la hace y del legislador local que, al atribuir la competencia a la ley extranjera, se ha sometido implícitamente a la regla de Derecho internacional que forma parte de la ley designada como competente.

Entre nosotros, Conde y Luque dice que la distinción entre leyes nacionales e internacionales, aplicada a la tesis presente, carece de fundamento. Tan de Derecho civil es para el ciudadano inglés o argentino la ley que organiza su personalidad jurídica dentro del territorio patrio, como la que le organiza fuera de él, aunque sea de naturaleza extraña, por derivarse de una legislación diferente: una y otra ley constituyen según las circunstancias su estatuto personal, que, en general, gobierna donde quiera que se halle su vida jurídica privada y al cual tiene en todas partes incontestable derecho.

Pero este modo de razonar, reproducido y adoptado últimamente por el polaco Rundstein, como recuerda Lewald, implica una contradicción, porque si las reglas de Derecho interno y las de Derecho internacional que forman parte de la misma legislación no constituyen

(24) WESTLAKE: Ob. cit., págs. 42-43 de la edición francesa.—LEWALD: Ob. cit., págs. 56-59.

sino los elementos inseparables de una sola y única ley y forman un todo indivisible, en cuanto el legislador territorial establece la competencia de una ley extranjera y esta ley remite a la territorial, puede sostenerse la doctrina de la referencia, pero como en la ley territorial para ser lógico tampoco cabe separar la regla interna de la regla internacional, inmediatamente se opera una nueva remisión que de nuevo nos lleva a la ley extranjera, lo cual significa rechazar la solución primeramente adoptada. De suerte, y por eso decimos que el argumento es una pura contradicción, que con tal principio lo mismo puede defenderse una solución que la solución contraria. Y precisamente por ser un arma de dos filos que conduce al círculo vicioso de que habla Valery o al «*circulus inextricabilis*» de que habla Westlake, o al «*spiegel kabinet*» que dice Kahn, o a la raqueta, o al tennis, o al foot-ball internacional, según otros escritores, es por lo que el argumento es la parte más vulnerable de toda la teoría.

Por eso si muchos, entre los defensores de la remisión, no se han hecho cargo de la grave dificultad que surge de este modo de razonar, los que más amplia y seriamente de entre ellos han estudiado la cuestión, como Fiore, Weiss y Frankenstein, lo primero que hacen es adelantarse a la objeción y salvar la dificultad, haciendo que el círculo vicioso se corte y se detenga en el lugar que conviene a su doctrina. Así Fiore, fiel a su doctrina de la ley nacional, estima, como antes hemos visto, que en esta competencia entre las dos reglas internacionales, la última palabra, la decisión definitiva, corresponde a la regla internacional contenida en la ley a que pertenece la persona por su nacionalidad, por lo cual se salva la dificultad y se impiden nuevas e infinitas referencias. Y Weiss, negando la existencia del círculo vicioso, afirma que cuando la ley nacional del extranjero a la cual corresponde gobernar su estado y capacidad delega su competencia en la ley del lugar en que el extranjero ha fijado su domicilio, no lo hace respecto a los principios generales aplicados a la solución del conflicto de las leyes, sino únicamente en cuanto atañe a las disposiciones de Derecho interno, que aparte de toda dificultad, son relativas al estado, a la capacidad de las personas y a las relaciones familiares. Cuando el Derecho inglés expresa su preferencia por la ley del domicilio, no ha tenido ciertamente la intención de permitir a esta ley el reenvío de la solución del conflicto que le defiere, de dejar en definitiva a esta ley la elección del mejor sistema de Derecho internacional privado. Ha querido que la ley del domicilio tenga la última palabra, porque se adapta más que ninguna otra a la solución. El circuito, dice y concluye Weiss, debe detenerse en esta ley y el círculo vicioso pretendido que se nos imputa resulta imaginario.

Pero Westlake, a quien se cita comúnmente como uno de los más

autórizados defensores de la remisión, que ha sostenido esta doctrina ante el Instituto de Derecho internacional, no sólo no niega la existencia del círculo vicioso, sino que la pone muy de relieve y considera como poco satisfactorias las explicaciones dadas y los medios ideados para cortarlo. En su opinión, cuando una ley se refiere a otra ley extranjera, debe interpretarse la referencia al conjunto del Derecho a lo que los alemanes llaman «recht» (a diferencia de «gesetze»), esto es, a las reglas internas e internacionales que forman un todo con la intención del legislador, por la autoridad que pretendió y a que aspiró el legislador al formular la regla y, por tanto, por los límites que él fija a su aplicación (25), lo cual lleva a Westlake a aceptar o rechazar la referencia según la naturaleza del caso debatido y el examen consiguiente de todos esos elementos del Derecho.

(25) WESTLAKE: Ob. cit., pág. 52 de la edición francesa.

V

DOCTRINA CIENTIFICA CONTRARIA A LA REFERENCIA:

SINTESIS DE LA ARGUMENTACION

Una gran mayoría de jurisconsultos, en la que figuran las mayores autoridades científicas y los que representan las más nuevas orientaciones en la ciencia del Derecho internacional privado, combaten enérgicamente la teoría de la referencia, tal como ha sido establecida en la jurisprudencia francesa de 1880-82 (caso Forgo) y en los que en ella se han inspirado, sostenida en la esfera científica por los escritores a que nos hemos referido en el capítulo anterior. Basta decir los nombres de Kahn, Niemever, Zitelmann y Lewald entre los alemanes; Laurent en Bélgica; Bustamante, Gestoso Acosta, Lasala y Yanguas entre los españoles e hispanoamericanos; Labbé, Lainé, Chapcomunale, Audinet, Surville et Arthuys, Foignet, Bartin, Pillet, Despagnet-De Boeck, Potu, Valery y Niboyet entre los franceses; Castellani, Giacomo Grasso, Diena, Anzilotti, Buzzati, Olivi, Cavaglieri, Fedozzi, Pacchioni y Roberto Ago entre los italianos; Bate en Inglaterra; Walker en Austria; Meili en Suiza; Beale y Lorenzen entre los norteamericanos, y Pontes de Miranda en el Brasil, para comprobar cuál es la opinión científica dominante (26).

(26) KAHN: Ob. cit.—NIEMEYER: *Das internationale Privatrecht des bürgerlichen Gesetzbuch*. Berlín, 1901; págs. 79 y sigts.—ZITELMANN: *Internationales Privatrecht*, vol. I, Leipzig, 1897, págs. 238 y sigts.—LEWALD (HANS): Ob. cit. y *La théorie du renvoi*, en el «Recueil des Cours de l'Académie de D. I.», tomo 29 (1929-4) de la colección, págs. 519-616.—BUSTAMANTE: *El Orden Público*. Habana, 1893, págs. 156-169, y *Derecho internacional privado*, tomo I, Habana, 1931, págs. 215-216.—GESTOSO ACOSTA: *Nuevo tratado de Derecho procesal, civil, mercantil y*



Las más recientes observaciones de Donnedieu de Vabres, de Raape y de Lewald muestran que la referencia o reenvío va ganando terreno últimamente no sólo en la jurisprudencia, sino en la doctrina (27), movimiento natural, dado su origen (28) y dada la exacerbación actual de los nacionalismos y de las ideas nacionalistas, que hace decir a Donnedieu de Vabres (29) que «un poco de ciencia aleja del retorno, mueve a rechazar la referencia y se opone al reenvío, pero mucha ciencia, un estudio profundo lo atrae». Incluso en los Estados Unidos, en que la ju-

penal internacional. Valencia, 1912, pág. 287.—LÁSALA: *Sistema español de Derecho civil internacional e interregional*. Madrid, 1933, pág. 247.—YANGUAS: *Derecho internacional privado*, I, Parte general; Madrid, Reus, 1944, págs. 245-263.—LABBÉ: *Du conflit entre la loi national du juge saisi...*, etc., en el «Journal Clunet», 1885, págs. 5-16.—LAINÉ: Lugar citado en la «Revista Darras», 1906, pág. 605; 1907, págs. 43, 313 y 661; 1908, pág. 729, y 1909, págs. 12 a 40.—CHAMPOMUNALE: *La sucesión abintestato en Derecho internacional privado*, trad. española de la «España Moderna», pág. 494.—AUDINET: *Principes elementaires de Droit international privé*, 5.ª ed. París, 1910, núm. 30.—SURVILLE ET ARTHUYS: *Cours élémentaire de Droit international privé*, 5.ª ed. París, 1910, núm. 30.—FOIGNET: *Manual élémentaire de Droit international privé*, 8.ª ed. París, Rousseau, 1927, págs. 220-225.—E. BÄRTIN: *Principes de Droit international privé*. París, Domat-Montchrestien, 1930, págs. 200-220.—PILLET: *Principes de Droit international privé*. París, 1903, págs. 155 y sigs.—DESPIAGNET-DE BOECK: *Precis de Droit international privé*, 5.ª ed. París, 1909, pág. 329.—POTU: *La question du renvoi en Droit international privé*. París, 1913; es la más extensa y completa monografía sobre este asunto.—VALERY: *Manual de Droit international privé*. París, Fontemoing, 1914, págs. 604 y sigs.—NIROYET: *Principios de Derecho internacional privado*, trad. española de R. Rodríguez Ramón, Madrid, Reus, 1930, págs. 315-341, y *Traité*, de 1944, antes citado, pág. 470, núm. 1.013.—CATELLANI: *Il Diritto internazionale privato*. Venezia, 1897.—G. GRASSO: *Principii di Diritto internazionale pubblico e privato*. Firenze, 1889, pág. 307.—DIENA: *Diritto internazionale privato*, 2.ª ed. Napoli, Pierro, 1917, pág. 69.—BUZZATI: *Teoria del rinvio nel Diritto internazionale privato*. Milano, 1898.—OLIVI: *Manuale di Diritto internazionale privato*, 2.ª ed. Milano, 1911, pág. 687.—CAVAGLIERI: *Lezioni di Diritto internazionale privato*, 2.ª ed. Napoli, Rondinella-Alfredo, 1929, págs. 66-73.—PACCHIONI: *Elemento di Diritto internazionale privato*. Padova, Cedam, 1931, págs. 141-166.—Ago (R.): *Teoria del Diritto internazionale privato*. Padova, Cedam, 1934, y «Recueil des Cours de l'Académie de Droit international», 1936, IV.—WALKER: *Internationales Privatrecht*, 4.ª ed. Wien, 1926, páginas 222-237.—MEILI: *Das internationale Civil und Handrecht*. Zurich, 1902, pág. 167.—BATE: Ob. cit.—LORENZEN: *La theorie du renvoi*, en el «Journal Clunet», de 1911, págs. 5 y siguientes y en múltiples publicaciones posteriores.—BEALE: *Conflict of laws*. Cambridge, 1916.—WIGNY y BROCKELMANN: Ob. cit. en la nota 11.—PONTES DE MIRANDA: *Tratado de Direito internacional privado*. Rio de Janeiro, 1935, págs. 173-186 del tomo I.

(27) DONNEDIEU DE VABRES: Ob. cit. de 1938, especialmente págs. 729-734.—LEWALD: Obra citada de 1941, págs. 51-53.—RAAPE: Obs. y lugs. cit.—Realidad «sintomática» para Fedozzi: ob. cit., pág. 216.

(28) Se alude en el texto a que las tres explicaciones que se han dado, según Potu (págs. 16-18), acerca del «nacimiento» en la jurisprudencia francesa del «renvoi», los tres vinculan este origen en el nacionalismo: 1.º Según Catellani la admisión del «renvoi» en aquella fecha (1875) por los jueces franceses fué una manifestación más de ese nacionalismo exagerado que sintió Francia después de su derrota en 1870. 2.º Según Labbé, se originó en el error técnico de los Tribunales de confundir el derecho sustantivo o material con las normas de competencia. Pero si se piensa se advierte que esta confusión es hija del nacionalismo, que reputa normas de D. I. P. las leyes interiores, por lo que ya realmente no hay distinción entre ambas y es posible la confusión. 3.º Otros han creído que ha sido una «aplicación inconsciente» de la teoría de la comitas gentium, cuyo eco en Francia se debe a la obra de Foelix de 1843. Ahora bien, esta escuela no es debida sino al nacionalismo exacerbado de los holandeses, que al recibir la doctrina de D'Argentré la llevaron a la extrema consecuencia de considerar territoriales todas las leyes.

(29) Ob. cit., pág. 729.

jurisprudencia y la doctrina son tradicionalmente hostiles a la remisión, repercute esta tendencia favorable a la referencia (30).

Pero estos indicios no impiden que siga dominando la doctrina opuesta. Sería un trabajo que fatigaría al lector e inútil completamente, por otra parte, el de reproducir ahora cuanto se ha dicho por tan gran número de tratadistas. Para el objeto de nuestro estudio ahora baste sintetizar y resumir la argumentación que, idéntica en lo fundamental, es muy semejante en todos los trabajos citados, desde el brevísimo de Labbé, al extenso de Lainé, que es además seguramente el más notable por lo minucioso del análisis y la formidable crítica que hace de la doctrina.

Los adversarios de la remisión comienzan por distinguir entre los preceptos legislativos, los que rigen directamente las relaciones jurídicas, de los que formulando una regla de competencia de las leyes no se proponen regir las relaciones jurídicas, sino designar la ley que debe regirlas. Es decir, distingue entre leyes internas y leyes internacionales. Estas últimas, aun formuladas individualmente por un legislador, tienen toda la autoridad y eficacia de regla de Derecho internacional superior como más importante y más universal, al Derecho particular de un solo pueblo. Sólo la falta de una autoridad superior a los diversos Estados, por el hecho histórico de la actual organización de la Sociedad internacional, dice el profesor Olivi, hace que este Derecho se manifieste y afirme por camino menos conveniente del que reclama su naturaleza, pero ésta no varía por la tal razón. Para cada Estado las reglas internacionales que formula tienen toda la autoridad y el valor de reglas de orden público internacional. ¿Puede sostenerse, dice el escritor Tournade, que es quien más ha insistido en señalar este carácter de las reglas internacionales, que éstas no son de orden público? Cuando un legislador formula un principio y una regla de esta naturaleza, dice Tournade, tal principio no expresa una verdad relativa fundada en la observación de hechos contingentes, sino que enuncia una verdad filosófica deducida de la razón pura por el legislador. Podrá ser exacta o podrá ser falsa, pero el legislador la tiene indudablemente por verdadera, de una verdad absoluta. El principio adoptado por el legislador es la razón;

(30) Como es sabido y explican Wigny y Broekelbank (ob. cit. especialmente págs. 37-38 con abundante bibliografía), la jurisprudencia y la doctrina norteamericana son opuestas a la admisión de la referencia, de lo que es un fiel exponente el artículo 5.º del «Restatement» (ya citado). «La doctrina—dicen estos tratadistas—ha estudiado allí poco la cuestión «du renvoi», sin aportar ninguna contribución nueva a esta importante controversia», pero estaba adherida a la opinión dominante contra la remisión. Sin embargo, se acusa en la jurisprudencia norteamericana la tendencia favorable al reenvío, e incluso el mismo Lorenzen cree posible su admisión en casos concretos y para lograr ciertas finalidades de interés general. (V. Lewald: Ob. cit. de 1941, pág. 51, nota 10, y en las 61-62, con referencia al «Repertoire de Droit international», tomo VI, pág. 335).

como no hay más que una razón, el legislador considera como falso necesariamente todo principio diferente al que adoptó, lo que conduce a afirmar que este principio es forzosamente de orden público. Por eso dice Niboyet que entre ambas clases de normas media un abismo.

El profesor cubano Bustamante, que fundándose precisamente en esto rechaza la teoría de la referencia, afirma resueltamente que todo el Derecho internacional privado forma parte de las leyes de orden público internacional. Y Diena afirma que las normas que someten una determinada relación jurídica a una cierta legislación, determinando los límites en que cada Estado puede ejercer la propia soberanía en su función legislativa, tienen en cada uno de los Estados, cuyo Derecho interno les acoge, carácter de Derecho público (por lo menos en cuanto declaran que la ley del Estado es aplicable o inaplicable a una cierta relación jurídica) y se imponen por ello, para su observancia, al magistrado cuando juzga.

De esta primera observación, que muchos de los que han escrito sobre la referencia señalan desde luego y que la generalidad da por supuesta, deducen inmediatamente los escritores todos que durante cuarenta y siete años, desde Labbé en 1885, han combatido la doctrina de la referencia, el argumento capital y decisivo para lograr su intento. Cuando una ley, como regla de competencia legislativa internacional aceptada y establecida por el correspondiente legislador, se refiere a otra, designándola como competente para regir una relación determinada de Derecho, esta referencia ha de estimarse como hecha a la ley interior a la ley de Derecho nacional, a la ley extranjera que rige directa e inmediatamente la relación jurídica y no a la regla de competencia que, aceptada por el legislador extranjero, forma parte en ella de aquella misma legislación.

Criticando en 1881 la jurisprudencia belga a que ya nos hemos referido, decía F. Laurent: «porque los ingleses hayan mantenido el principio tradicional del domicilio, ¿ha de entenderse que los jueces de Francia deben aplicar a las partes la ley del domicilio como dispone el Derecho inglés, cuando el Derecho francés establece un nuevo principio, el de la nacionalidad? Yo afirmo que eso equivale a oponerse a la voluntad del legislador. ¿Qué dice el artículo 3.º del Código civil según la interpretación generalmente aceptada? El estado de los franceses, y por tanto su divorcio, se rigen en el extranjero por la ley francesa y no por la de su domicilio. En consecuencia, el divorcio de los extranjeros, aunque estén domiciliados en Francia, se regirá asimismo por su Derecho nacional y no por el francés. Y ¿qué le hace decir el Tribunal a ese artículo 3.º? El divorcio de los extranjeros se rige en el extranjero por la ley de su domicilio y no por la francesa, luego el divorcio de los

extranjeros domiciliados en Francia se regulará por el Derecho francés y no por el Derecho nacional. Se le hace afirmar al Código civil lo contrario de lo que afirma. Y..., cosa singular, el fallo empieza por aceptar en principio, como lo hago yo, que el extranjero, para todo lo que concierne a su estado y capacidad, continúa sometido a las leyes de su país y especialmente a las relativas al matrimonio y al divorcio. ¿Por qué el Tribunal, partiendo de la misma premisa, llega a una consecuencia enteramente distinta? El Tribunal ha caído en una confusión extraña: no ha distinguido el Derecho civil interno del Derecho civil internacional. El primero regula las causas del divorcio. El segundo decide si para fijarlas se atiende a la ley del domicilio o a la ley nacional» (31).

Labbé, en las reducidas pero sustanciosas páginas de su trabajo, afirma como fundamento de su argumentación que ninguna legislación pide al legislador extranjero que la instruya y la dirija, ni se inclina ante una legislación extranjera para aceptar de ella una teoría de un punto de Derecho relativo al fondo del litigio y ordena a los jueces que observen esa solución como la justa y la correcta y la sancionada por la autoridad del Estado. La ley que un juez ha de observar—añade en la página 8—debe ser siempre revelada con certeza por el legislador. Un Tribunal no debe esperar nunca de un legislador extranjero la indicación del procedimiento que debe seguir. No es la ley del domicilio de las partes o de la situación de los bienes la que resuelve la cuestión del estatuto aplicable, sino la *lex fori*. Y en la página 12 dice con ironía: que «en presencia de una cuestión relativa al fondo del Derecho, una cuestión de capacidad, de divorcio, de sucesión, problema para cuya solución exista un conflicto entre la ley del lugar del litigio y una ley extranjera, un legislador, el del juez llamado a decidir, se desinteresa y diga: yo me inclino a pensar que lo mejor es aplicar la ley extranjera; pero, en definitiva, que se haga lo que quiera, esa ley..., que se aplique una ley u otra, no tiene ninguna importancia para mí; con tal de que el litigio se resuelva de un modo cualquiera, yo me doy por satisfecho. ¿No es esto por parte de tal legislador despojarse de su autoridad y renegar de su función?».

Es inútil reproducir los párrafos en que los escritores todos, desde Laurent y Labbé, vienen reproduciendo el mismo argumento que para algunos, como Despagnet y Gestoso Acosta, basta por sí para rechazar la doctrina opuesta. La designación de una ley extranjera se refiere a las reglas de Derecho interno en ella contenidas (32).

Si se admitiese que la referencia a una legislación extranjera debía

(31) LAURENT: *Journal du Palais*, 1881, tomo 94, pág. 71-72.

(32) LAURENT insiste mucho en este punto de vista, combatiendo el error que entraña el criterio de los defensores del *renvoi*. *Revue DARRÁS-LAPRADELLE*, 1909, pág. 13.

extenderse a la totalidad de sus disposiciones y por tanto a las reglas internacionales en ella contenidas, se seguiría el absurdo, como dice Bustomante, de que el principio de nacionalidad llevaría en sí los elementos necesarios para que en su lugar se aplicara su idea antitética, la doctrina del domicilio, lo cual es incomprensible y, según Pillet añade, inadmisibles, porque descansa sobre una manifiesta confusión. Cuando se dice, escribe Pillet, que el estatuto personal de un individuo se rige por su ley nacional, no significa esto que es a su ley nacional a la que corresponde determinar qué estatuto personal se le dará; esto significa que las disposiciones de esa ley le servirán desde luego de estatuto personal. Decidir otra cosa es decidir implícitamente que en el problema de la determinación del estatuto personal, el legislador territorial está sometido al modo de ver de un país extraño, y esta idea es completamente contraria a la recíproca igualdad y a la independencia de los Estados en la determinación de las reglas del Derecho internacional. Y si esto fuese posible, añade el profesor Olivi, resultaría que el legislador habría acogido en su legislación, potencialmente al menos, tantos sistemas diferentes, incompatibles y contradictorios, de resolución de las cuestiones internacionales, cuantas son las legislaciones extranjeras que los acogen.

Pacchioni, desde sus puntos de vista y sus conceptos previos tan diversos de los de los escritores a que nos acabamos de referir, opina que como las normas del Derecho interior en materia internacional no son normas de competencia, sino normas de recepción (*richiamo recepticio*) del Derecho sustantivo extranjero, normas que aplican a las relaciones privadas internacionales un Derecho distinto del común aplicado a las demás relaciones, claro está que la llamada o designación y recepción definitiva del Derecho extranjero se refiere al Derecho sustantivo y material aplicable a la relación jurídica, no a la normal de llamada o designación diversa que puede haber en la legislación designada. Las normas internas en materia internacional, normas de recepción, de designación o de llamada, dice Pacchioni, corren por caminos paralelos y no pueden nunca encontrarse ni estar en conflicto (página 154 *ob. cit.*). De modo que aun desde el punto de vista diametralmente opuesto a los escritores antes citados, e identificando como identifica Pacchioni ambas clases de normas (todas sustantivas e internas, según él), llega al mismo resultado de que la primera referencia de cualquier legislador a otro es al Derecho que rige la relación jurídica, al llamado Derecho material (33).

(33) Como deducida del mismo concepto acerca de la naturaleza de las normas de Derecho internacional privado y del contenido de este Derecho, ROBERTO AGO profesa esta misma doctrina de Pacchioni: *Obs. citadas*, y *Giurisprudenza comparata di Diritto internazionale privato*, vol. I, págs. 131 y sigs., citado por Lewald.

Los defensores de la doctrina que estamos examinando todavía extremen su argumentación y añaden nuevos fundamentos a su doctrina poniendo de relieve los absurdos en que se basa la doctrina opuesta. En el caso, dicese, de que la designación de la competencia no se refiera a las disposiciones de Derecho interno, sino a la totalidad de la ley, y por tanto a la regla de competencia internacional, porque como dicen los defensores de la remisión, ambos órdenes de disposiciones forman un todo indivisible, resultaría el absurdo de la doctrina de la remisión más de relieve, porque entonces se caería en un círculo vicioso del que sería imposible salir lógicamente. Una vez admitida la remisión de la ley territorial a una ley extranjera, para seguir el principio por ésta establecido, nada impide, dice el profesor Olivi, que se repita una segunda vez la cuestión de la remisión de la ley extranjera a la territorial como antes se había producido de ésta a aquella, y así sucesivamente hasta el infinito, sin que ningún principio pueda precisar el punto donde deba detenerse el movimiento emprendido, determinando la decisiva y exclusiva competencia de ésta a aquella ley. Y el profesor Valery, en su notable Manual de Derecho internacional privado, afirma que la doctrina de la referencia, tal como fué elaborada por la jurisprudencia francesa en el pleito Forgo, no es sino un sofisma que entra en la categoría de los que los lógicos llaman «sofismas por equívoco», porque la palabra «Ley» es tomada inmediata y sucesivamente en dos sentidos diferentes. Lo cual aparece perfectamente claro si se da al razonamiento la forma de un silogismo. Entonces la doctrina, dice Valery, se expresaría en esta forma. La ley francesa remite a la ley extranjera, pero como la ley extranjera remite a la ley francesa, debe aplicarse la ley francesa. Pero es evidente que no debe detenerse aquí el razonamiento, sino que es preciso continuar diciendo: Pero como la ley francesa remite a la ley extranjera—debe aplicarse la ley extranjera—, pero como la ley extranjera remite a la ley francesa, y así sucesivamente. Para salir del círculo vicioso es preciso desenvolver los términos de que se hace uso en el razonamiento y decir: La ley francesa internacional remite a la ley extranjera internacional, pero como la ley extranjera internacional remite a la ley francesa interna, debe aplicarse la ley francesa interna. De este modo se evita la petición de-principio, dice Valery, pero se comete el equívoco de que hablamos, porque, en el silogismo, la palabra ley es tomada sucesivamente, según la conveniencia de la discusión y la necesidad de lograr la solución prejuzgada, en el sentido de ley internacional o en el sentido de ley interna.

«Encerrados los partidarios de la remisión en un círculo vicioso, como dice Niboyet, y combatidos en su propio terreno»: «ninguna clase de consideraciones, dice Cavaglieri (ob. cit., pág. 73), tienen valor frente



al hecho de que no existe una razón lógica para interrumpir o romper en un cierto punto la cadena indefinida de referencias que forman el círculo vicioso», y ni las observaciones de Zitelemann (ob. cit., pág. 241), ni las gratuitas afirmaciones de Frankenstein (ob. y lug. citados), bastan a desvanecer el error fundamental de que hablaba Kahn (ob. cit., página 153), que consiste, según Bustamante (ob. cit., tomo I, pág. 215), en que «cuando se interpreta la *lex fori* se cree que ella se refiere a todo el Derecho extranjero y, por tanto, a sus reglas de competencia, y al encontrarnos con que ese Derecho extranjero se refiere a la *lex fori* o a otra ley, se quiere que esta referencia sea ya, no a todo el Derecho, sino solamente al Derecho interior directamente aplicable a la relación de que se trata, lo cual es arbitrario».

No es éste, sin embargo, el único defecto lógico de la teoría de la referencia, según sus adversarios. La teoría puede ser, por otra parte y además, considerada como un engaño (*marché de dupe*), dice Valery, en cuanto tiene como efecto la admisión en Francia del sistema de Derecho internacional admitido en Inglaterra y en los demás Estados que permanecen fieles a la teoría del domicilio, mientras que no obliga a estos países a tener en cuenta jamás el sistema del Derecho internacional basado sobre la nacionalidad de los individuos, que la ley francesa y otras, como ella, han adoptado.

Pascual Fiore, uno de los defensores de más prestigio de la doctrina de la remisión, hablando del Código civil argentino, que somete las sucesiones, aun la de los extranjeros, a la ley del domicilio, y preguntándose lo que ocurriría por aplicación de estas disposiciones a la sucesión de un italiano o de un alemán domiciliados en la república sudamericana, contesta que la ley argentina será aplicada por los jueces argentinos, «que están obligados a juzgar según su ley sin poder examinar o discutir los fundamentos», pero que si la sentencia argentina hubiera de producir algún efecto jurídico en Alemania o en Italia, los magistrados de estos países le negarían toda fuerza ejecutoria. ¿Por qué entonces, se pregunta Ch. de Boeck, usa M. Fiore un lenguaje completamente distinto cuando se trata de la situación inversa, del caso en el que en un país el estatuto personal está fundado sobre la ley nacional? ¿Por qué entonces, en este caso, los jueces del país deben conformarse a la regla extranjera, dando la preferencia a la ley del domicilio? Y mientras el juez argentino no puede excusarse de aplicar la ley de su país, ni tiene el derecho de examinar si es o no conforme a los verdaderos principios del Derecho, el juez italiano debe, por el contrario, no aplicar la ley de su país sino «según los justos principios», lo que quiere decir que ante el sistema de Derecho internacional establecido por una ley extranjera contraria a la de su país, «no puede excusarse de tenerla

en cuenta». El motivo de tal contradicción, dice Boeck, es flagrante: en uno de los casos no interviene para nada la doctrina de la referencia, en el otro surge la teoría de la remisión y es preciso a toda costa defenderla.

Se recordará que una de las razones alegadas por los tratadistas partidarios de la teoría de la referencia era la conveniencia práctica de decidir los casos litigiosos de un modo uniforme para que las sentencias no quedaran ineficaces y obtuvieran fácilmente el exequatur en el país a que pertenezcan las personas por su nacionalidad o allí donde hubieren de surtir sus efectos. Sólo decidiendo el caso en el país del domicilio, según esta ley, dicen los defensores de la remisión, se obtendrá una sentencia idéntica a la que en el país de origen, que siga la teoría del domicilio, se dictaría en el caso de plantearse allí el litigio.

Pues los adversarios de la remisión combaten la teoría hasta en ésta, dijéramos, su última trinchera y demuestran cómo la teoría discutida no salva este gran escollo del Derecho internacional privado, ni ofrece esas tan poderosas ventajas prácticas. Estas ventajas, dice Boeck, serían preciosas si fueren reales: la desgracia quiere que no sean sino aparentes.

Por lo pronto, racionalmente pensando, una persona, por ejemplo, no puede menos de ser o capaz o incapaz, una de las dos cosas, pero no ambas cosas al mismo tiempo y para la misma relación de Derecho. Pues aceptando la teoría de la referencia puede ocurrir que en una parte se la declare capaz y en otra incapaz, y de aceptar la teoría de la referencia, dice el profesor Gestoso y Acosta, cambia la solución de un mismo pleito según fuera el lugar donde se planteara la demanda, lo cual es absurdo.

En segundo lugar, dice Diena con acierto que quien acepte la teoría de la referencia debe admitir, si no quiere ir contra la lógica, que debe ser aplicada en todos los casos y en cada uno de los Estados respecto de los demás y no solamente por parte de los Estados que regulan las relaciones personales con la ley nacional, respecto de los Estados que rigen estas relaciones por la ley del domicilio, sin que estos últimos obren igualmente respecto de los primeros. Se obtendrá entonces, bajo el influjo de la teoría de la referencia, el resultado de que dos magistrados de países diferentes, al juzgar una misma relación de derecho, aplican una ley distinta de la *lex fori*, pero no dejarán por eso de ser diversas las soluciones según que el pleito se resuelva en uno o en otro país. Pone Diena como ejemplo el caso de un danés domiciliado en Italia, y dice: Haciendo aplicación de la teoría de la referencia, el magistrado italiano debería juzgar de la capacidad del danés según la ley italiana, porque al acudir a la ley danesa ésta remite a la ley del domicilio, que es la italiana; pero a su vez el magistrado danés debería juzgar según la ley

danesa, porque al acudir a la ley de domicilio, la italiana, ésta remite a la ley nacional, que es la danesa. Y, por consiguiente, aceptando siempre la misma doctrina, no sólo no se obtiene esa deseada uniformidad, sino que se llega necesariamente a sentencias diversas del mismo pleito (34).

Hay que observar, además, como decía Labbé, que no puede aducirse como razón, en favor de la teoría de la remisión, la necesidad de que se resuelva cada asunto del mismo modo ante todas las jurisdicciones, porque en tesis general, un litigio no puede a voluntad de un interesado iniciarse indistintamente ante varios Tribunales. La competencia, dice Boeck, en las cuestiones referentes al estado, condición y capacidad de las personas, depende del domicilio y el Tribunal competente, si se trata de una sucesión, es el del lugar donde el finado tuvo el último domicilio, y estando domiciliado en Francia o en Bélgica, el pleito que pueda ocurrir no podrá plantearse ante un Tribunal inglés y, por consiguiente, la diversidad de fallos, tan justamente anatematizada, no podrá producirse.

Pero aun en la hipótesis, más probable de lo que creen Labbé y Boeck, de la competencia simultánea de los Tribunales de diversos países, y aun sin dar a la teoría la interpretación amplia que propone Diena, ¿puede esperarse, gracias a la teoría de la remisión, una misma solución de todos los Tribunales competentes? No, contesta Boeck; supongamos admitido que el estatuto personal de un inglés debe regirse, según la ley inglesa, por la ley del domicilio, y que el matrimonio de un inglés domiciliado en Francia o en Bélgica, debe legitimar los hijos nacidos en un comercio ilegítimo con la mujer que toma por esposa, según la ley francesa o la ley belga. El principio se impone, supongámoslo, a un Tribunal francés o belga como a un Tribunal inglés. Todas las dificultades no desaparecen por ello, y el riesgo de una diversidad y oposición de decisiones judiciales no desaparece con la adopción de tal principio (35). ¿En qué momento debe ser apreciado el domicilio, que establecido en Bélgica o en Francia, entrañaría la aplicación del estatuto personal belga o francés, y que establecido en Inglaterra, entrañaría la observancia del estatuto personal inglés? La jurisprudencia inglesa no parece haber sufrido menos de tres variaciones principales, dejando aparte la controversia relativa a la cuestión de saber si debe tenerse en cuenta el lugar del nacimiento del hijo, el lugar del matrimonio o el lugar del domicilio de la madre. En primer término, ha decidido que debe tenerse en cuenta únicamente la ley del país donde el padre estaba domiciliado

(34) También insiste LAINÉ en esta refutación con una claridad, una precisión y una energía admirables: «Revue Darrás-Lapradelle», págs. 14-16, de 1909.

(35) V. L. RAABE: Curso citado de La Haya en el «Recueil des Cours», 1934, IV, pág. 415, y en otros lugares diversos del mismo estudio extenso y minucioso.

al tiempo de contraer matrimonio, y, por consiguiente, que si la legislación allí vigente admite la legitimación por subsiguiente matrimonio, podrá ser legitimado; tal fué la opinión de lord Brougham y de los Tribunales escoceses. Después ha estimado la jurisprudencia inglesa que es preciso tener en cuenta la ley del país donde el padre estaba domiciliado al tiempo del nacimiento del hijo. Por último, desde 1881, la jurisprudencia parece haberse inclinado definitivamente, según Dicey, en el sentido de que la legitimación, verificada por subsiguiente matrimonio según una legislación extranjera, se aprecie según la ley vigente en el país en el que el padre estaba domiciliado al tiempo del nacimiento del hijo. Y en esta jurisprudencia, que se nos presenta como definitiva, dos cuestiones, como asegura Dicey, quedan inciertas. Basta aquí señalar una: ¿Cuál es el efecto de un cambio de domicilio paterno ocurrido después del nacimiento del hijo antes del matrimonio de los padres? Semejante cambio, escribe Dicey, por ejemplo de Inglaterra a Escocia, no afecta ciertamente a la condición del hijo; antes como después del matrimonio, el hijo sigue siendo ilegítimo. El efecto de un cambio de domicilio de Escocia a Inglaterra es más dudoso; no afectará probablemente a la legitimidad del hijo, pero esto no es cierto. Es posible que en este caso sea preciso considerar el efecto del matrimonio como dependiente de la *lex domicilii*, al tiempo de su celebración; esto es, de la ley inglesa. Lo cual demuestra por sí solo, dice Boeck, cuán quimérica es la esperanza de ver llegar a la jurisprudencia francesa o belga, aun admitiendo un punto de partida común, a las mismas consecuencias que la jurisprudencia incierta de Inglaterra. Por consiguiente, es una pura ilusión creer que si los Tribunales, al juzgar con respecto a un extranjero, aceptan la aplicación de la legislación de este extranjero a la determinación de la ley aplicable al pleito, llegarán a administrar a éste la misma justicia que los Tribunales de su país.

Por otra parte, añade Niboyet (*ob. cit.*, pág. 329), no es cierto que el fallo judicial dictado como consecuencia de la aceptación de la referencia será ejecutado en el otro país, aun habiendo seguido la regla de conflicto de leyes de este país de ejecución de la sentencia. «En efecto, nadi asegura que los jueces de este país habrían estatuido como los jueces que han aceptado la remisión. Basta con que intervenga la noción del orden público para que todo se modifique. Así supongamos un litigio, incoado en Francia, acerca del matrimonio de dos ingleses domiciliados en Francia. Como la ley de éstos remite a la ley francesa, se va a aplicar por lo tanto la ley francesa. Pero en el caso de que ésta contenga soluciones contrarias al orden público inglés, los jueces ingleses se negarían a aplicarla incluso en el caso de que estatuyesen ellos mismos. Cuando conozcan la sentencia francesa, advertirán que es contraria

a su orden público. Este ejemplo no es en modo alguno una hipótesis teórica. La posibilidad de que se presente en la práctica es considerable».

En sentir, pues, de los adversarios de la remisión, las ventajas prácticas del sistema no existen, y si las ventajas que puede entrañar la adopción del sistema que combatimos, dice Valery, son ilusorias, sus inconvenientes son, por el contrario, tan reales como serios. Notemos, en primer término, dice Valery, que tienen como efecto inmediato la división de las personas, desde el punto de vista de la ley que debe regir su estatuto personal, en dos categorías compuestas, la una de las que la ley francesa somete a su ley nacional y la otra de las que proceden de países fieles a la teoría del domicilio. Así en Francia mientras, que la capacidad de un francés, de un italiano o de un alemán dependería de la ley nacional de cada uno de ellos, sería, por el contrario, la ley del domicilio la que debería observarse al tratar de la capacidad de un inglés, de un suizo o de un danés. Y es fácil comprender, notan Niemeyer y Valery (36), la perturbación que llevaría tal sistema a todas las relaciones sociales, en las que importa, sin embargo, tener la seguridad más completa del estado y capacidad de las personas con quienes se establece una relación determinada de derecho.

Por último, notan los adversarios de la doctrina de la remisión, y de aquí que haya podido decir Lainé que con ella todo el Derecho internacional privado se halla amenazado de ruina, que con la aplicación de esta doctrina, en vez de ser el Derecho internacional privado garantía firme del respeto universal de los derechos adquiridos y base sólida sobre la que cada cual pueda prever con exactitud por qué ley serán regulados los derechos que se refieran a su persona, a sus bienes y a cada uno de sus actos, según decía Carlos Brocher, es decir, en vez de ser la norma del orden internacional, se convierte en el principio de la anarquía y del desorden, puesto que la teoría de la remisión es un salvoconducto para la realización de toda clase de actos *in frandem legis* y una autorización general para violar todas las relaciones jurídicas y negar los derechos adquiridos más respetables. Una mujer inglesa casada es propietaria de un inmueble situado en Francia; lo vende por acto celebrado en Londres y posteriormente quiere reivindicarlo del comprador demandando ante los Tribunales franceses la nulidad de la venta como realizada sin el consentimiento de su marido, consentimiento que no es necesario según el Derecho inglés, pero que la demanda juzga necesario desde el momento en que se trata de un acto realizado en Inglaterra, pero relativo a un inmueble situado en un país como Francia, donde la ley requiere la autorización marital. Si se admite la teoría de

(36) NIEMEYER: Ob. cit., pág. 77, y VALERY: Ob. cit., pág. 614.



la remisión, como fué desarrollada en el asunto Fargo, esta pretensión, dice Valery, debería prosperar. Pero la solución justa debería ser ésta: la autorización marital no es necesaria en Francia sino para las mujeres sometidas por su ley nacional a la potestad marital, y por consiguiente cualquiera que sea la decisión de la ley inglesa sobre este punto la remisión que hace a la ley francesa debe ser rechazada y la validez de la enagenación debe ser mantenida.

Pongamos otro ejemplo: Supongamos que dos esposos domiciliados en Francia son súbditos de un país en que la teoría del domicilio y la de la indisolubilidad del matrimonio están vigentes. Si uno de los esposos entabla ante el Tribunal francés una demanda de divorcio, esta demanda, dice Valery, debería prosperar y el divorcio debería ser pronunciado por el Tribunal francés en cuanto se admita la teoría de la referencia, y sin embargo esa sentencia no sólo es, racionalmente, inadmisibile e injusta, sino que prácticamente la sentencia pronunciada en tales condiciones no tendría efecto en el país de los interesados como contraria a uno de los principios fundamentales de su legislación, de esa legislación a la cual se cree haber rendido un homenaje.

En ambos ejemplos, y en los demás que pudieran proponerse, resulta de manifiesto cómo la teoría de la referencia entorpece las relaciones sociales y las transacciones económicas, exigiendo antes de su celebración, si se quiere tener la seguridad completa de la validez de los actos jurídicos, un amplio y detenido estudio previo de todas las circunstancias jurídicas de las personas y de las cosas un cálculo minucioso de las consecuencias previstas o imprevistas, cosa incompatible con la rapidez de las transacciones que exige e impone la vida moderna. Y facilita los actos *in fraudem legis* por cuanto su admisión produciría como consecuencia lógica que bastaría trasladar el domicilio a un país cuya legislación favoreciera la pretensión injusta calculada para romper los vínculos jurídicos más sagrados y violar por consiguiente, intencionada e injustamente, el Derecho.

VI

DOCTRINA DEL INSTITUTO DE DERECHO INTERNACIONAL

Una cuestión que de tal modo afecta a toda la vida privada internacional y especial y principalmente a las principales y más importantes relaciones y una cuestión que precisamente por su importancia y transcendencia práctica ha preocupado de tal modo a la opinión científica en todos los países, necesariamente había de ser estudiada por el órgano de la opinión científica colectiva. Y, en efecto, el Instituto de Derecho internacional, en su sesión de Cambridge de 1895, acogió una proposición del profesor italiano Buzzati para el examen de la cuestión referente al «conflicto entre las disposiciones legislativas del Derecho internacional privado», fórmula bajo la cual se presentó la doctrina de la referencia a la consideración del Instituto, nombró una comisión para el estudio particular del problema y redacción de la ponencia formada por Buzzati y Lainé y acordó que el examen y discusión de la misma tendría lugar en la sesión próxima.

La discusión y examen del asunto tuvo lugar en las sesiones de La Haya en 1898 y de Néuchatel de 1900. Reproducir ahora todo el desarrollo de la discusión en el Instituto y todas sus vicisitudes desde la Memoria o informe de Buzzati hasta la votación definitiva de la conclusión adoptada en la sesión de Néuchatel, sería repetir aquí toda la argumentación expuesta en páginas anteriores, ya en favor ya en contra de la doctrina. Entre los jurisconsultos de autoridad que tomaron parte en la discusión debe mencionarse a Rolin, Roguin, Brussa, Bar y Westlake, que sostuvieron la necesidad de aceptar la referencia, y Lainé, Renault, Asser, Buzzati, Catellani, Pierantoni y Bustamante, que sostuvieron la necesidad de prescindir de la referencia.

Las fórmulas puestas a votación como conclusiones definitivas fue-



ron dos: la primera decía: «Cuando un legislador, formulando una regla de Derecho internacional privado, designa como directamente aplicable por sus Tribunales a una cierta materia una ley extranjera, no debe subordinar la aplicación de esta ley a la condición de que sea prescrita igualmente por la legislación extranjera de que forma parte la ley civil, así designada». Esta fórmula, aceptada por el Instituto por 17 votos contra 7, era la negación completa, clara, total y absoluta de la teoría. Bajo el influjo de sus defensores, la cuestión fué nuevamente sometida al Instituto bajo esta fórmula: «Cuando la ley de un Estado regula un conflicto legislativo en materia de Derecho internacional privado, *es de desear* que designe la disposición que debe ser directamente aplicada en cada caso y no la disposición extranjera sobre el conflicto de que se trata». Al conocerse esta fórmula, se produjo un debate general entre los tratadistas acerca de su interpretación.

La mayoría creyó que era la condenación de la teoría y de la práctica de la referencia y la afirmación del deber de aplicar desde luego la ley material interior extranjera designada por la *lex fori*. Algunos, como Diena (37), lamentaron que el Instituto no hubiera llegado a una fórmula más concreta, precisa y enérgica. Pero la verdadera interpretación la dió De Boeck cuando dijo (38) que el Instituto en dicha fórmula se limitó a emitir simplemente el voto y el deseo de que cada legislador suprima la teoría de la referencia, suprimiendo el problema que la motiva.

Simple deseo, que no es sino el intento de conciliación entre las dos doctrinas opuestas, ya que el Instituto, respondiendo a su naturaleza de órgano de la opinión científica, no podía inclinarse prematuramente por ninguna de las dos doctrinas en que se halla dividida ésta. Y de las dudas, vacilaciones y oscilaciones de la jurisprudencia y de la doctrina, de que ya hemos hablado, es un fiel reflejo el Instituto.

Por eso, a propuesta de Niboyet (que rectificaba así su posición personal anterior opuesta al «renvoi»), y teniendo en cuenta «que desde 1900 se ha manifestado en diversos países una corriente de orden convencional, jurisprudencial y legislativo, a favor de ciertas aplicaciones de la doctrina, se decidió el Instituto, en su sesión de Oslo de 1932, siguiendo la orientación iniciada en la de Cambridge de 1931, por la adopción de la referencia, pero solamente en materia de capacidad personal (39).

(37) DIENA: Ob. cit., pág. 77.

(38) DE BOECK: Ob. cit. de Despagnet, pág. 235.

(39) Para una cabal y más amplia información es imprescindible el «Annuaire de l'Institut de Droit international»: París, Pedone; Bruxelles, Folk; La Haya, Belifrantès, Freres; Berlín, Puttkammer- et Muklbrecht; Genève, Georco.—Tomos XIV (1869), XVII (1898), XVIII (1900) y XXXVII (1932), págs. 470 y 566.



VII

CRITICA GENERAL. SOLUCIONES ARMONICAS.

Quien examine en conjunto la argumentación favorable y adversa de la teoría de la referencia tal y como fué elaborada por la jurisprudencia francesa y belga de 1881-82, y quien la examine teniendo a la vez en cuenta las exigencias racionales de los principios del Derecho internacional privado y las no menos imperiosas exigencias de la realidad, que uno y otro género de exigencias—como que el Derecho es para la vida—deben tenerse en cuenta y un examen verdaderamente jurídico de cualquier problema, muestra claramente su armonía, advertirá inmediatamente el error fundamental de que adolecen ambas.

Hablo del error y no de los errores, porque ambas soluciones, aparte del defecto de traer a colación razones inoportunas ó inadecuadas, dada la naturaleza del problema debatido, adolecen de un vicio común. Y el defecto común consiste, en mi sentir, en que ambas tratan de extender la autoridad de uno de los legisladores en competencia contra la voluntad de éste o sin preocuparse de su intención, sin razonar de un modo satisfactorio esa especie de violación o coacción teórica de la autoridad soberana del Estado en el ejercicio de su función legislativa. Así, por ejemplo, Kahn, adversario de la remisión (*ob. y lug. citados*), dice que la doctrina de la referencia se basa en el error de creer que el Derecho extranjero sólo es aplicable en tanto y cuanto él mismo quiera o consienta en ser aplicado. Pero lo cierto es que el Derecho extranjero, dice Kahn, se aplica, quiera o no quiera, cuando es designado por otro legislador y a base de la voluntad del Estado reclamante.

Tomando como base de su doctrina este defecto y formulándolo de



una manera franca y decidida, dice el profesor Bustamante, según recordábamos al principio de este trabajo, que «cuando la competencia legislativa se plantea con carácter negativo, hay dos legislaciones que se abstienen de someter a su imperio una relación de Derecho, y para salir de la dificultad *es preciso* extender alguna de ellas fuera de los límites en que la encierra su poder nacional... O la que acepta el criterio del domicilio recibe efectos personales que no le corresponden, o la que toma como base el principio de nacionalidad los surte territoriales contra su naturaleza y contra su objeto. En ambos casos se exceden los límites propios de un precepto legal y, claro, resulta que ese temor de excederlos no puede aceptarse como argumento en daño ni en beneficio de ninguno de los dos».

Y partiendo de esa necesidad de forzar la autoridad del legislador, extendiéndola hasta donde ni quiso ni pudo llegar, los defensores de la remisión extienden la regla de Derecho internacional contenida en la ley designada como competente por la *lex fori*, hasta donde ni pudo ni quiso llegar el legislador al formularla, y como consecuencia extienden de igual modo la aplicación de la ley interna que forma parte de la *lex fori* a relaciones jurídicas en cuya ordenación ni quiso ni pudo, ni quizá pensó, atribuirse este legislador.

Extienden, digo, la regla internacional contenida en la ley designada como competente por la *lex fori*, hasta donde ni quiso ni pudo llegar el legislador, porque al contemplar la regla de Derecho internacional desde el país del litigio y acatar sus disposiciones, se da un efecto extraterritorial que está reñido con su naturaleza y que tampoco quiso que tuviera el legislador al formularla. Las reglas internacionales, en efecto, adoptadas por cada legislador, como forman parte de las bases y principios fundamentales de la legislación, son reglas de orden público, son preceptos que el legislador formula y dirige al juez y que no formula a los jueces extranjeros. Pero si esto no fuera exacto, es, por lo menos, discutible y se ha discutido lo bastante para no adoptar aquí criterio cierto y definitivo; lo que sí es verdad es que la regla del domicilio, como manifestación de la teoría territorial, debe necesariamente ser territorial y, por consiguiente, cuando el legislador inglés o el argentino someten la capacidad de las personas a la ley del domicilio, este precepto lo han dictado mirando al interior; y no para imponerlo fuera de sus fronteras a las personas o a los actos realizados en el extranjero. Por eso la jurisprudencia inglesa ha negado a los extranjeros residentes en Inglaterra, pero domiciliados en su país, la capacidad que la ley de éste les reconocía, a pesar de que era el resultado de la aplicación a la vez de la ley nacional y de la ley del domicilio.

Como consecuencia, extienden la regla del Derecho interno de la

lex fori indicada en la remisión y también es esto extender la aplicación de la ley más allá de los límites señalados por el legislador. Porque si éste, teniendo en cuenta la raza, religión y género de costumbres de su población, como el clima de su territorio y las demás circunstancias históricas atendibles, ha legislado para sus nacionales solamente, se fuerza su autoridad y la autoridad misma del Derecho en cuanto se aplique esa legislación por mandato precisamente de un legislador extranjero, a relaciones jurídicas que no se hallan en esas condiciones y circunstancias y para las cuales ni pudo ni quiso legislar.

Los adversarios de la remisión no proceden en esto de otro modo. También teniendo presente esa necesidad de extender la aplicación de las leyes más allá de los límites queridos por el legislador, formulan su solución sin preocuparse para nada de este elemento tan necesario en la interpretación y recta aplicación de las leyes; la intención del legislador, elemento sin el cual es imposible aplicar a cada relación jurídica el Derecho más conforme con su naturaleza.

Y en efecto: partiendo del supuesto de que las reglas internacionales formuladas por cada legislador son de orden público y se imponen por consiguiente al juzgador y de que éste no tiene por lo mismo por qué ni para qué investigar en la legislación extranjera designada por su ley como competente, cual es la regla de competencia internacional adoptada, llegan a la conclusión que la ley extranjera interna, la que rige directamente la relación jurídica controvertida, es la que debe ser aplicada desde luego. Pero esto si suprime el problema al prescindir de la remisión que las reglas internacionales extranjeras pueden hacer a la ley propia, es mutilar el Derecho extranjero para aplicar una de sus partes a relaciones jurídicas a que quizás no quiso o no pudo querer el legislador que fuera aplicado. Esto es, como reconocen adversarios tan calificados de la remisión y tan competentes como Bustamante, extender una ley más allá del límite en que quiso encerrarla la soberanía que la dictó, y esto en mi sentir no puede hacerse.

Tienen razón, en esto, los defensores de la remisión: los principios generales que como reglas para la aplicación de las leyes en el tiempo y en el espacio formulan los legisladores, forman un todo con las reglas mismas contenidas en el fondo de la ley tan estrecho, tan íntimo y tan inseparable, que estas últimas, en rigor, sin aquéllas carecen de sentido. Si leemos en el Código que «la mayor edad empieza a los 23 años cumplidos» (artículo 320 del C. Civil español), este precepto carece de sentido, como no lo pongamos en relación con otros y sepamos que según el artículo 9.º del mismo Código y su interpretación admitida en la ciencia y la jurisprudencia, se refiere a los españoles y no a los extranjeros y a los españoles aunque residan en país extranjero y a todos los

españoles que hayan nacido antes o después del Código según su artículo 3.º en relación con la 5.ª de sus Disposiciones transitorias. Si no tuviéramos en cuenta estas reglas generales, sabríamos, sí, que la mayor edad empieza a los 23 años, pero no sabríamos ni siquiera a qué personas hacía referencia esa disposición. Y cada legislador, teniendo presente el tiempo para que legisla, las personas para las que legisla, el espacio para que puede legislar, es decir, las reglas generales que presiden su obra, es como desarrolla después los preceptos esenciales y sustantivos de su legislación, los cuales, cuando se aplican fuera de ese tiempo, a personas distintas o en otro espacio, pierden todo el valor de reglas de Derecho por carecer entonces del elemento esencial que da fuerza y valor al Derecho: la necesidad social que lo reclama y lo racional y adecuado del medio para satisfacerla.

Esto es precisamente lo que ocurre si, prescindiendo de las reglas generales inglesas o argentinas, aplicamos el derecho inglés o el argentino al súbdito de esos países domiciliados entre nosotros, sin más razón que la de que así lo establece nuestro Código. La exigencia racional del Derecho no es ésta. Cuando una ley indica como competente a otra, no indica tan sólo una parte, sino toda, porque creo haber demostrado que toda la legislación de un país forma un compuesto orgánico en el cual no es posible, dada su complejidad, hacer distinciones de esa naturaleza.

Y esta unión íntima entre las disposiciones del Derecho interior y las reglas internacionales o reglas generales para su aplicación, ya en orden al tiempo (reglas sobre la retroactividad y aplicación futura de la ley), ya en orden al espacio (reglas internacionales), hace que la referencia de una ley a otra extranjera no puede entenderse hecha a la regla de Derecho interior solamente, como creen los adversarios de la teoría de la remisión, sino que se hace a la ley misma, esto es, al compuesto orgánico de las reglas generales con las especiales de cada elemento y relación jurídica. Lo cual produce un fenómeno inevitable que es precisamente el que caracteriza el problema de que tratamos: como la primera referencia hecha por la ley del Tribunal que entiende en el litigio se dirige a la totalidad de la ley extranjera, y al surgir en ésta una segunda referencia no puede menos de entenderse hecha a la totalidad de la ley del Tribunal, se inicia de este modo un círculo vicioso, una serie indefinida de referencias, la cual es imposible cortar del modo propuesto por ambas doctrinas favorable o adversa a la remisión, puesto que ambas intentan cortarla de un modo arbitrario por el sitio y del modo que conviene a su prejuzgada solución.

Que el círculo vicioso es inevitable y es real, creemos haberlo demostrado, y por otra parte tratadistas partidarios de la remisión como West-

lake y adversarios como Bustamante, están de acuerdo en reconocerlo. Este círculo vicioso es el que hace que Bustamante califique este problema de problema de la competencia legislativa de carácter negativo, ya que de esa serie indefinida de referencias recíprocas lo que en definitiva resulta es que cada una de ambas leyes en contacto se declara incompetente al declarar la competencia de la otra.

¿Qué ley será en definitiva la competente en este caso? El profesor Bustamante, de acuerdo con los adversarios de la remisión, estima que la ley designada por la regla internacional de la *lex fori*, porque esta última es de orden público, y haciéndose cargo de la dificultad que puede resultar del hecho de la diversidad de sentencias en un mismo caso y de la negación del exequatur a la sentencia así dictada, concluye que el remedio de todas las dificultades «no consiste en que nosotros nos inclinemos al Derecho suizo o al Derecho angloamericano, sino que todas las naciones, por medio de uno o varios Tratados internacionales, señalen límites comunes al ejercicio de su competencia legislativa. Mientras eso no se logre y estemos convencidos, dice, de que sería cuestión de tiempo, la solución científica, la conforme a las exigencias naturales de la independencia soberana de los Estados, la impuesta por el orden público internacional, tendrá que ser la que nosotros hemos defendido» (ob. cit., pág. 168).

Claro está que uno o varios Tratados internacionales sería el mejor medio de resolver este problema, porque dada la actual organización de la sociedad internacional, el Tratado parece el medio mejor de resolver éste como cualquier otro problema internacional. ¿Pero en qué principio habrían de basarse las estipulaciones del Tratado? ¿Había de inspirarse el Tratado en cualquiera de las soluciones opuestas que ya hemos examinado? Si las reglas de competencia son consideradas por todos los Estados como principio y leyes de orden público, ¿cómo establecer la armonía entre ellas, dictando una regla de orden público internacional (*) y resolviendo en definitiva el problema que resulta de la competencia legislativa de carácter negativo? He aquí el nudo de la cuestión que importa sobre todo desatar.

Viendo sin duda el problema de este modo, se han propuesto soluciones diversas como equidistantes entre las dos opiniones opuestas. Así Zitelmann (ob. cit., vol. I, págs. 241, 258, 262 y 263), adversario en general de la remisión, cree posible que atendiendo a la intención y voluntad del legislador, se llegue a un resultado razonable. Por lo pronto, no se puede admitir en el silencio del legislador que haya admitido a priori el principio del retorno hasta el infinito, ya que esta interpre-

(*) Véase mi tesis doctoral: *El concepto de orden público int.* Madrid, 1913.

tación es absurda, porque suponer que un legislador pueda considerar aplicable un derecho designado como tal en virtud de sucesivas remisiones por un legislador desconocido e imprevisto, esto es, un Derecho desconocido, es atribuirle una voluntad irracional y absurda. Pero el legislador puede querer el retorno de primer grado. Las normas internas en materia internacional son, según Zitelmann, en efecto, de dos clases: unas son normas de colisión o competencia legislativa y otras son normas de recepción y designación de un Derecho especial extranjero; corresponde al intérprete, según la intención del legislador, decidir en cada caso si una norma es de una clase o de otra. Cuando se trata de normas de designación llamada y recepción, como el Derecho llamado y recibido, incorporado para el caso al Derecho interior y aplicable en el caso concreto, en vez del originariamente nacional que correspondería aplicar, es sin duda el Derecho material y sustantivo, no puede haber lugar a remisión alguna. Pero cuando se trata de normas de colisión, si la designación de un Derecho extranjero lleva a encontrar en éste, en vez de otra norma de colisión, una norma de recepción que incorpore por tanto nuestro Derecho a aquél, habrá que aplicar nuestro Derecho no por imposición de aquel legislador, sino porque se ha transformado en Derecho interior de aquel Estado. De este modo Zitelmann, rechazando la teoría de la referencia, viene a un resultado prácticamente igual a ella, si bien limita la aceptación de hecho a la primera referencia o al primer grado. Pero aparte su oscuridad y la incertidumbre que resulta ante el caso concreto, todo el propósito verdaderamente internacional de mantenerse equidistante y superior a los legisladores que contiene esta doctrina y la doctrina misma, fracasa ante la realidad de que todas las normas internas en materia internacional tienen al mismo tiempo ambos caracteres; en primer término, y sobre todo, son normas de competencia o colisión en el propósito del legislador, y en segundo lugar son normas de recepción en cierto modo, sin que queda clasificarlas y separarlas en dos grupos según tengan uno u otro carácter.

Lerebours-Pigeonnière, en un original estudio del problema (*Observations sur la question du renvoi*, en el «Journal Clunet» de 1924, páginas 877 y siguientes) (40), propone una nueva solución. Según él, es real y positivo el conflicto negativo: nuestra ley se declara incompetente al designar otra ley como aplicable al caso, y ésta no se puede aplicar porque ella a su vez se declara incompetente. En estos casos semejantes al caso del hombre sin nacionalidad, los legisladores y la cien-

(40) V. también su *Precis de Droit international privé*. París, Dalloz, 1928, pág. 266.— V. la crítica que sugiere a Niboyet: *Traite*, de 1944, págs. 478-483.

cia tienen previstas reglas subsidiarias, y en virtud de esas reglas subsidiarias, el juez aplicará en materia de estatuto personal (a la cual aplica exclusivamente su solución Lerebours-Pigeonnière) la ley del domicilio, como sustitutiva de la de la nacionalidad, la del domicilio de hecho como sustitutiva de la del domicilio legal. De este modo la doctrina de Lerebours-Pigeonnière, que creemos haber sintetizado fielmente, si prácticamente conduce al mismo resultado que la aceptación de la referencia, se diferencia esencialmente de esta doctrina, en primer lugar, en que suprime las referencias de segundo grado, las remisiones al infinito, y en segundo lugar, en que, según ella, el juez no aplica su ley por delegación (o remisión) de la ley extranjera, sino por aplicación de las propias reglas contenidas en su legislación.

Esta doctrina, a pesar de su innegable habilidad y de su seductora presentación, ha suscitado poderosas y decisivas objeciones de tratadistas posteriores como *Bartin* (ob. cit., «Principes», 1930, págs. 217-220) y *Niboyet*. En primer término, resulta atrevido equiparar el caso del hombre sin nacionalidad, del *sans patrie*, del *heimathlos*, como dice *Bartin*, con el de quien teniendo una nacionalidad conocida es remitido por su ley nacional a la ley de su domicilio. Pero, en segundo término, y sobre todo en la doctrina de *Lerebours*, la competencia de la ley queda subordinada a una decisión del poder soberano extranjero, que es lo que esencialmente constituye la remisión, a pesar de todas las apariencias con que se la quiere disfrazar. Difícilmente podrá admitirse que es el poder soberano del juez el que en tal caso decide acerca del conflicto. Pudo resolver en un principio a favor de la competencia de la ley del domicilio, pero no lo hizo así. Desde el momento en que prefirió la ley nacional, es porque tenía razones poderosas para ello, pues de lo contrario, dice *Niboyet*, no hubiera puesto tanto cuidado al elaborar las reglas del conflicto de leyes. Una vez demostrada por él esta preferencia, no puede ser modificada por otro soberano, y si lo es, esta modificación equivale a la aceptación de la referencia.

Se generalizan actualmente estos ensayos de armonía, estos intentos, a veces eclécticos de conciliación, nacidos ya del movimiento oscilatorio de regresión a que ya nos hemos referido (v. notas 27 y 29), bien del más detenido y profundo estudio del problema. El examen de la diversidad y multitud de doctrinas que integran este movimiento excede de nuestro propósito y nuestras posibilidades en este momento. Baste indicar algunas. *Martín Wolff* (41) se muestra adversario de la referencia cuando dice que «los motivos que se invocan para la observancia del *renvoi simple* y el *renvoi ulterior* son en parte realmente poco

(41) *WOLFF*: Ob. cit., págs. 123, 125 y 130.



satisfactorios o importantes», y combate como poco importantes los argumentos clásicos en que se basa. Pero parece inclinarse a su favor cuando afirma que, «sin embargo, la práctica metódica en la observancia del reenvío simple y del ulterior, aunque insegura en algunos detalles, es «muy saludable», y señala los varios casos en que la admisión del reenvío es saludable o recomendable o está indicada.

Lewald (42), después de refutar los argumentos fundamentales (dos para él) de los defensores de la referencia que a su juicio «no resisten a la crítica», llega a esta conclusión: «el reenvío erigido en principio me parece inadmisibile, lo que no impide que pueda ser reconocido como solución útil en situaciones especiales», de las que seguidamente señala dos. Melchior (43), colocándose en un punto de vista análogo, pero circunscrito al Derecho alemán, sostiene que la admisión del reenvío puede proporcionar importantes ventajas prácticas, sobre todo en el campo de los derechos reales y de obligaciones. Por lo que Wolff le sitúa entre los defensores de la referencia, mientras Ago le juzga y sitúa entre los adversarios.

Entre nosotros, aun siendo partidarios al fin de la referencia, los profesores Trías y Giró y Trías y De Bés, adoptan la misma postura crítica, vacilante y armónica (44).

Y algunos, como Makarov (45), exponen objetivamente el problema, sus soluciones y argumentos, pero se abstienen de decidirse por alguna de ellas.

(42) LEWALD: Ob. cit. Basilea, 1941, págs. 53 a 60.

(43) MELCHIOR: Ob. cit. Berlín-Leipzig, 1932, pág. 243

(44) TRIÁS Y GIRÓ Y TRIÁS DE BÉS: Ob. cit., núm. 358.

(45) MAKAROV (A. N.): *Précis de Droit international privé d'après la législation et la doctrine russes*. París, Griad, 1932, págs. 113-123.



VIII

SOLUCION ACEPTABLE

En mi opinión, cuando dos leyes se declaran incompetentes, la solución del problema debe buscarse por el mismo camino y según los mismos principios que al tratar del problema inverso, puesto que en el fondo ambos no son sino un mismo problema, el problema de la competencia legislativa asunto del Derecho internacional privado.

El fin de éste es determinar según la exacta y definitiva fórmula de Savigny la sujeción de cada relación jurídica al Derecho más conforme con su naturaleza (46), partiendo del supuesto, que no es una pura hipótesis científica, sino un hecho real, de la comunidad jurídica de los Estados. El método o procedimiento para llegar a este fin de un modo racional y lógico, lo indica Kahn cuando dice que es preciso en cada caso investigar cuidadosamente las causas del conflicto y los motivos y razones por las cuales es preciso someter la relación especialmente a una regla.

¿Cuál es la causa de una competencia negativa? La causa remota, mediata, fundamental de todos los problemas del Derecho internacional privado es siempre la persona que, trasladándose de un lugar a otro, personalmente o con sus actos, pone en contacto la soberanía y las leyes que la protegen con la soberanía y las leyes del lugar donde se hallan las cosas o se realizan los actos o a donde se traslada personalmente es siempre, dijéramos, sintetizando lo que extensamente dicen

(46) SAVIGNY: *Sistema del Derecho romano actual*, trad. española de Mesia y Poley. Madrid, 1878-1879 (1.ª ed. alemana de 1849), tomo VIII, libro III, cap. I.



Savigny y Kahn, la movilidad de las personas y de sus relaciones jurídicas; y la causa particular inmediata y próxima de las competencias negativas está en que esa movilidad se verifica en condiciones tales, que la relación jurídica, saliendo del imperio de una regla determinada de Derecho a la que hasta entonces vivió sujeta, no ha podido entrar bajo el imperio de otra ley por no reunir las circunstancias exigidas por ésta para colocarse bajo su imperio. Y entonces así como cuando es la movilidad del legislador la que origina el problema de la competencia (problema de la retroactividad o de aplicación de las leyes en orden al tiempo), las relaciones jurídicas que no entran dentro de las circunstancias de la ley nueva, siguen sujetas a la ley antigua, aun cuando otras semejantes se sujeten al mismo tiempo a la ley nueva. Así también, como el imperio de una ley sobre cada relación jurídica, o mejor dicho la subordinación de toda relación jurídica a una regla de Derecho, es cosa absolutamente necesaria, si la relación jurídica en cuestión no reúne las condiciones necesarias para entrar bajo el imperio de la ley con la que se puso últimamente en contacto, es preciso considerarla como sujeta todavía a la ley bajo cuyo imperio vivió antes, a la ley bajo la cual nació, porque no se concibe que una relación jurídica salga legítimamente del imperio de una regla de Derecho, cuando no hay otra indicada para regirla.

Westlake pone un ejemplo y da una explicación del mismo y de su solución, que explican mejor que nada esta doctrina. La mayor edad testamentaria es en Inglaterra a los 21 años cumplidos y en Italia a los 18: ¿Puede un súbdito inglés domiciliado en Italia hacer su testamento a los 19 ó 20 años? Los partidarios de la remisión contestarán que sí, porque la ley del domicilio, o sea la italiana, competente en virtud de la remisión de la ley nacional, inglesa, lo considera ya capaz por tener más de 18 años. Los adversarios contestarán que no, porque la primera referencia de la ley italiana a la ley inglesa debe entenderse hecha a las disposiciones interiores, y si el problema se plantea en Inglaterra, porque, interpretando muy erróneamente el Derecho inglés, nos dirán con Laurent que «los jueces angloamericanos no reconocen otra ley que la de su país y no comprenden que en un proceso que se ventila allí y que se refiere a un súbdito, pueda un Derecho extranjero ocupar el puesto que naturalmente corresponde a la Common law».

Y es lo cierto que estos últimos dicen la verdad, o mejor dicho, defienden la solución justa y exacta del asunto; pero las razones alegadas son inadmisibles. El inglés en cuestión no puede testar acogéndose a la ley italiana, ley de su domicilio, en virtud de la doctrina expuesta que me ha sugerido Westlake. Lo primero que ha de preguntarse el juez, dice Westlake, al tratar de resolver el asunto, es: ¿qué legislador

ha hecho o ha podido hacer de la persona en cuestión un mayor de edad? Y la contestación, dice Westlake, es independiente de todas las opiniones relativas a los conflictos de leyes, porque depende de la naturaleza misma de la ley. El Código italiano no parece dictar una regla relativa a estado y capacidad de todas las personas sin excepción y nadie puede dudar que el principio de nacionalidad aceptado en Italia impide al legislador italiano extender su autoridad sobre un súbdito británico. El juez inglés no puede pretender que el legislador italiano haya hecho del «de cujus» un mayor a los 18 años. Entonces se preguntará el juez: ¿quién lo mantiene en la minoría hasta los 21 años? Y la respuesta que habrá de hacerse, dice Westlake, será: el legislador inglés, porque nadie puede discutir su autoridad sobre la capacidad de sus súbditos si quiere ejercerla; y la renuncia del legislador italiano contesta a cuantas objeciones pudiera hacerse. El resultado así obtenido, dice Westlake, tiene de este modo su base real no en la teoría del «renvoi», sino en la necesidad de considerar la naturaleza esencial de la relación jurídica controvertida y la significación esencial de las reglas de Derecho internacional privado adoptadas en los diferentes países interesados. Y como las mismas consideraciones se habrán de ofrecer a la consideración del juez italiano, si la cuestión se plantea en Italia, el juez italiano seguramente decidirá en el mismo sentido.

Profundizando más en el examen que es preciso hacer de la naturaleza del caso y de la regla llamada a regirla, dice Westlake, que la regla del domicilio es la expresión de la idea consagrada desde el siglo XII, o aún antes, hasta el siglo XIX, de que el mundo se halla dividido, bajo el punto de vista del Derecho internacional privado, en sociedades que tienen por base el domicilio y que ningún legislador puede intentar sustraer a sus súbditos a esta Sociedad civil de que forma parte. Pero la ley italiana afirma que no hay en Italia sociedad que tenga por base el domicilio, y el juez llamado a entender en el pleito habrá de deducir que la idea del domicilio debe ser eliminada en tal caso. Y tratándose de un súbdito británico, es preciso sujetarlo a uno de los sistemas jurídicos existentes en el Imperio británico. Esto es lo que puede hacerse, atribuyéndole, si fuere posible, un antiguo domicilio británico *que puede decirse que no ha abandonado aún, porque su abandono, dice maravillosamente Westlake, no ha tenido efectos jurídicos.* Si esto no fuera posible, se investigará el domicilio que hubiere tenido en el Imperio británico el ascendiente de este «de cujus», y este resultado debe ser aceptado *ex necessitate* y no a causa de una verdadera conservación de domicilio. Esta doctrina se halla aceptada por la jurisprudencia inglesa, de la que Westlake toma varios ejemplos. El más notable, por haber iniciado en Inglaterra esta doctrina jurisprudencial, fué

el asunto de Johnson: La señora Johnson, súbdita británica, domiciliada al tiempo de su nacimiento en Malta, pero domiciliada al tiempo de otorgar su testamento en el Gran Ducado de Baden, murió en este lugar el año 1894. Se planteó la cuestión de su sucesión y de la división de su fortuna mueble. El sistema inglés de la ley del domicilio remitía a la ley de Baden y la certificación del «Master» establecía que «según la ley de Baden, la sucesión legal en los bienes de que la finada no había dispuesto en su testamento, se rige por la ley del país de que la testadora era súbdita en el momento de su muerte». El juez Farwell aceptó esta doctrina y decidió «que un domicilio de elección, insuficiente para conferir derechos y obligaciones concernientes a la división de bienes muebles en el país que se supone elegido, no constituye un domicilio para este efecto, y que, por consiguiente, miss Johnson había conservado intacto su domicilio de origen» y eran competentes las leyes y Tribunales ingleses, y no los de Baden, para regir y conocer de su sucesión (47).

No es preciso, pues, imaginar interpretaciones unilaterales y arbitrarias de las leyes y de su aplicación como hacen, en general, los partidarios y adversarios de la remisión para resolver el problema de la competencia legislativa de carácter negativo. Así como en las competencias positivas ocurre que al pronto ninguna ley parece competente, porque todas afirman su competencia, y la misión del juez y del juriconsulto consiste en colocarse por encima de las leyes y determinar según la naturaleza de las cosas, la sujeción de la relación jurídica controvertida al Derecho más conforme con su naturaleza, así también en las competencias negativas ninguna ley parece competente, pero en cuanto se examinan las causas o circunstancias del caso, se advierte que la salida de una relación jurídica de la esfera de acción de una ley es completamente ineficaz, carece de efectos jurídicos, como dice Westlake; es nula, podría decirse, desde el momento en que no hay otra ley dispuesta a acogerla y a regirla, y si es nula y es ineficaz, es lógicamente una salida, diríamos, sólo aparente, y si es sólo aparente, la relación jurídica sigue sometida a la ley que antes la regía, porque esta ley, bajo cuyo imperio nació y bajo cuyo imperio vivió en rigor hasta el momento de surgir la controversia, es la más conforme sin duda con la naturaleza misma de las cosas y de la relación jurídica.

Esta regla basta por sí sola para decidir la mayor parte de los casos, pero podría presentarse alguno en el cual fuera imposible determinar exactamente la subordinación anterior de la relación jurídica a una de-

(47) Recientemente se ha pretendido demostrar lo erróneo de este «falso razonamiento». E. Dove: *Derecho internacional privado*. Barcelona, Bosch, 1947, pág. 212. Combate todos los fundamentos de esta sentencia de 1903.

terminada regla de Derecho. Si en el ejemplo propuesto por Westlake fuera imposible no sólo determinar el último domicilio británico del súbdito inglés, sino el domicilio que pudieran haber tenido sus antepasados, ¿habríamos de aceptar la teoría de la remisión y aplicar la ley italiana, forzando la voluntad del legislador italiano? En tales casos, la doctrina fundamental establecida por Savigny resuelve también la cuestión, porque, según el gran maestro alemán, son los hechos los que sirven para determinar el asiento de las relaciones jurídicas y, por tanto, la subordinación a una regla de Derecho. Y entonces, como el único hecho conocido es el domicilio y el único contacto que se percibe de la relación jurídica con una soberanía es el que resulta de la reclamación judicial y la subordinación consiguiente a la soberanía del juez, la ley del domicilio, coincidiendo o no con la *lex fori*, o la *lex fori* en otros casos, será la competente para regirla sin que signifique esto extender la regla de Derecho más allá de los límites en que quiso encerrarla al poder soberano que la dictó, y sin que signifique tampoco la aplicación de la teoría de la referencia, sino la aplicación en cada caso y en cada relación jurídica, según las circunstancias, del Derecho más conforme con su naturaleza.

En definitiva, la solución del problema de la referencia no puede hallarse sino mediante la profunda meditación y el análisis jurídico de cada caso concreto o, como decía Kahn, es preciso en cada caso investigar cuidadosamente las causas del conflicto y los motivos y razones por los cuales es necesario y justo someter la relación especialmente a una regla. La nueva doctrina adoptada por Niboyet no es sino desarrollo de estos principios (48).

Esta meditación sobre cada caso concreto por lo pronto evitaría las confusiones, la visión de aspectos múltiples diversos e imaginarios de lo que sólo por pura ilusión se toma como caso de «renvoi», y se evitarían las dificultades nacidas de falsos planteamientos, argumentos inoportunos o inadecuados o, en una palabra, de cuanto oscurece el problema e impide su acertada solución o, por lo menos, conduce a un trabajo estéril.

Así, por ejemplo, el profesor de la Universidad de Hamburgo León Raape pone varios ejemplos demostrativos de la necesidad de admitir la devolución o remisión que le sirven de base para lanzar vibrantes llamamientos a favor de esta doctrina. Un caso es éste: Un rumano adopta a un menor italiano de 16 años, y más tarde se plantea en Alemania, con motivo de un juicio sucesorio, la cuestión de la nulidad o validez de semejante adopción. Hay que saber: 1.º Que el Derecho

(48) NIBOYET: Ob. cit. *Traité*, de 1944, núms. 1.013-1.015, págs. 470 y sigs.



rumano permite la adopción de menores sin limitación, mientras el derecho italiano prohíbe la adopción de los menores de 18 años; 2.º Que la práctica judicial rumana tiene en cuenta la prohibición italiana y la respeta, mientras que la italiana no respeta la amplia libertad rumana. ¿Cómo conciliar estos criterios opuestos?, se pregunta Raape. El juez alemán, dice, aplicando Derecho alemán (artículo 22 de la ley de Int.), debería aplicar la ley rumana como ley nacional del padre, pero, según el profesor Raape, debe seguir la remisión de segundo grado de la ley rumana a la ley italiana y, por tanto, declarará nula la adopción.

Observemos: 1.º Que no aparece aquí la conciliación de criterios opuestos de que él habla, sino cambio de los intereses rumanos por los italianos, que son los que prevalecen. 2.º Que no se ve en este ejemplo, al menos claramente, referencia alguna. Y 3.º, y sobre todo, que la solución que recomienda Raape, o sea la nulidad de la adopción por aplicación de la ley italiana, no es hija de la aplicación o adopción del «renvoi», sino sencillamente de aquel principio general de Derecho internacional privado, sostenido por los tratadistas de más autoridad, dominante en la esfera científica y en la jurisprudencia universal, y adoptado por el Derecho positivo convencional (Código Bustamante, arts. 73-77), que se impone y dice que todos los problemas de estado civil o relaciones personales entre súbditos de Estados diferentes o personas sometidas a diversas leyes personales, no pueden resolverse sino por aplicación de ambas leyes, por acuerdo de ambas. Basta que una de las dos leyes (en el ejemplo de Raape, la italiana respecto a su menor) se oponga a la validez del acto, para que éste no sea válido (49).

Otro ejemplo sobre el que ha insistido en todos sus libros (50), al que atribuye una importancia excepcional, por considerarlo «roca de bronce» en la que se estrellan los adversarios del «renvoi», es el siguiente: Dos suizos, tío y sobrina, domiciliados en Rusia, contraen matrimonio. El Derecho suizo (artículo 100 del Código civil) prohíbe este matrimonio, pero es si se celebra en Suiza, porque si el matrimonio ha sido contraído en país extranjero, la norma de competencia (regla de conflicto) suiza somete su validez a la ley del país de la celebración. El Derecho ruso considera capaces a los esposos y válido su matrimonio. Si más tarde los esposos establecen su domicilio en Alemania o en Holanda, y uno de los cónyuges pide la nulidad del matrimonio fundándose en el artículo 100 del Código suizo, deberá el juez alemán o el holandés, se pregunta Raape, pronunciar la nulidad de dicho matri-

(49) L. RAAPE: CURSO citado en el «Recueil des Cours» (tomo 50), 1934, IV, pág. 425.

(50) L. RAAPE: CURSO citado de La Haya, *Deutsches internationales Privatrecht*, tomo I, páginas 41-45.



monio, puesto que las normas de competencia alemanas u holandesas prescriben la aplicación de la ley nacional? Para evitar este resultado injusto, ¿no resulta necesario, sigue preguntándose Raape, tener en cuenta la norma de conflicto suiza y seguir la remisión hecha por ella al Derecho ruso?

Tampoco es feliz en este ejemplo el profesor Raape. A sus preguntas contesta jovialmente Lewald que puede tranquilizarse, que no debe inquietarse el eminente colega, porque nadie piensa anular el matrimonio de su ejemplo, ya que su caso es de los que aún los enemigos de la remisión, consideran como indiscutiblemente válidos por aplicación de las normas coincidentes bajo las que nació. Y Meijers (51) contesta negativamente a sus preguntas, formulando la siguiente regla: «Cuando en el momento de la celebración de un acto jurídico o de la realización de un hecho, las normas de conflicto de las legislaciones de todos los países en conexión con el hecho o acto, prácticamente en concurrencia, declaran aplicable una misma ley, esta ley deberá ser aplicada igualmente por todo juez de cualquier otro país llamado fortuitamente a determinar o resolver acerca de los efectos jurídicos de dicho hecho o acto». Y si esto es así, no hay necesidad de invocar el «renvoi» para nada.

Como se ve, la imaginación del profesor Raape cree ver casos de remisión en casos ordinarios y corrientes de nuestro Derecho que se resuelven según principios y reglas generalmente admitidas y siempre aplicadas por todos, defensores o adversarios del reenvío, con independencia de este problema.

En cambio, debe mencionarse y debe observarse cómo el análisis jurídico de los casos concretos a que se decidió la jurisprudencia inglesa bajo el influjo u orientada por las ideas de Westlake (discípulo personal de Savigny) y el legítimo afán consiguiente de lograr las más altas finalidades del Derecho internacional privado, en beneficio de la seguridad general de la vida privada internacional y de los derechos, por tanto, de los mismos súbditos británicos, produjo como creación original que responde plenamente al pensamiento que estamos exponiendo y al criterio que propugnamos, la de la «doble referencia» (double renvoi).

Este sistema consiste en aplicar en cada caso la ley que el juez del país a cuya legislación atribuye nuestro Derecho la competencia, aplicaría o aplicará si el azar de cualquier cambio de circunstancias le lleva a entender en el mismo asunto. Si para ello es preciso negar toda refe-

(51) LEWALD: Ob. cit. de 1941, págs. 50 y 60.—WOLF, pág. 127 de ob. cit.—MELCHIOR: *Double Renvoi*, «Juristische Wochenschrift», 1931, págs. 703 y sigs., citado por GRASSETTI. Jurisprudencia inglesa desde 1926.



rencia, se niega; si es preciso aceptar la de primer grado, se acepta, o si conviene aceptar la remisión de tercer grado, se acepta igualmente. La finalidad es lograr una sentencia de acuerdo con cualquiera otra que pudiera dictarse en cualquier país sobre el mismo asunto.

No es posible pasar ahora a la exposición de la jurisprudencia inglesa y la continental que han acogido esta solución, ni de los múltiples ejemplos que exponen los tratadistas. Baste exponer para mayor claridad este ejemplo. Un súbdito danés domiciliado en el Brasil fallece en su domicilio, dejando una fortuna mueble en Alemania. El juez alemán que tramite su testamentaría debería aplicar el Derecho danés como ley nacional del «de cuius». El Derecho danés no acepta reenvíos y aplica a la sucesión la ley del domicilio. El Brasil acepta la remisión. Por tanto, el juez alemán debe tener en cuenta estos elementos y, siguiendo el reenvío ulterior de Dinamarca al Brasil, como lugar del domicilio del causante, aplicar Derecho brasileño. De este modo resultará que se aplicará el mismo Derecho brasileño tanto si el pleito se plantea en Berlín como si se plantea en Río Janeiro o se plantea y resuelve en Copenhague. Otro ejemplo, acaso más sencillo: Se trata de juzgar en Inglaterra de la capacidad de un inglés domiciliado en Francia. Si el juez inglés acepta la remisión, juzgará según su ley por remisión de la francesa a la ley nacional, e iríamos al círculo vicioso de que ya hemos hablado. Pero precisamente en este caso el juez inglés no acepta la remisión, logrando que su sentencia, juzgando con arreglo a la ley del domicilio, en este caso la ley francesa, sea igual a la que se dictaría en Francia por aplicación de la misma ley francesa en virtud de devolución de la inglesa, primeramente designada en Francia como aplicable a título de ley nacional.

En este caso, como hemos dicho, si el juez inglés procediera como el francés, se produciría el círculo vicioso, el «salón de espejos» sin solución posible. Si, por el contrario, declaramos la competencia de uno de ellos contra su espíritu y su voluntad (como quieren ambas tendencias favorable y adversa u opuesta a la referencia), esta especie de fuerza y de criterio impuesto redundaría en menoscabo de su soberanía. Pero mediante esta solución, aceptada por tratadistas de gran autoridad (51), uno de los Estados, en el caso Inglaterra, por sí, espontánea y voluntariamente, hace una excepción y suspende su criterio en aquel caso, en homenaje a la armonía, buscando no la satisfacción de sus intereses, sino realmente los comunes o de la comunidad internacional, porque procurar el acuerdo entre Estados acerca del Derecho aplicable y la uniformidad de sentencias, a pesar de la diversidad de países y leyes, es buscar la seguridad de la vida privada internacional, finalidad

suprema del Derecho internacional privado, como demostró tan clara y enérgicamente Carlos Brocher (52).

La doctrina de que hablamos inaugurada (con precedentes de que no es posible hablar ahora) por la sentencia del Tribunal Supremo inglés de 21 de mayo de 1926, dictada en el juicio sucesorio Annesley, ha sido objeto de una crítica demoledora por parte del profesor J. P. Niboyet en su reciente «Tratado de Derecho internacional privado» (53).

Se trataba en el caso Annesley de una sucesión de bienes inmuebles. El causante tenía su domicilio en Inglaterra desde el punto de vista del Derecho francés, porque allí residió los últimos años. Y en Francia desde el punto de vista inglés, porque en Francia había vivido constantemente (aun sin haber obtenido legalmente la cualidad de domiciliado), allí desarrolló sus negocios y allí quedaba yacente la herencia, constituida por bienes muebles. El juez inglés, que por el solo juego del «renvoi», hubiera aplicado la ley inglesa por devolución de la francesa (del domicilio), primariamente competente o designada por el Derecho inglés, ya que en Francia la sucesión de muebles se regula por la ley del domicilio, razonó de la siguiente manera: como sé que si el juicio se hubiera promovido en Francia (o aun se viniera a plantear por cualquier circunstancia) el juez francés actuaría como en el caso Forgo, designando como aplicable la ley (o Derecho) inglesa y aceptando la devolución de ésta a la del verdadero domicilio, aún de hecho, la ley francesa. Pues las sentencias serán iguales si yo también aplico la ley francesa, para lo que no tengo más que atenerme a mi norma de conflicto, a mi oposición a la referencia y a la realidad del domicilio de Annesley en Francia.

Contra este razonamiento dice Niboyet que, en primer término, parece cosa de juego, de gimnasia que sabe más a pirueta que a Derecho, contra cuyas palabras efectistas, sin contenido jurídico, nada que hay que decir. En segundo lugar, que dicho sistema deriva de una evidente confusión entre las cuestiones de competencia legislativa y la judicial: argumento inexacto, ya que nadie ha hablado de la competencia entre los jueces inglés y francés, sino entre las leyes francesas e inglesas. Por último, opone que mediante este sistema la uniformidad buscada no será sino un mito, porque si el juez francés hace lo mismo y actúa según el mismo razonamiento, aplicará la ley inglesa y, por tanto, las sentencias no serán iguales, porque cada uno aplicará la ley del otro país, sin llegar a ninguna solución idéntica.

Pero este segundo argumento es un verdadero sofisma, porque su-

(52) C. BROCHER: *Theorie du Droit international privé*, en la «Revista de Cante», tomo III, páginas 412-413.

(53) NIBOYET: *Op. cit.*, *Traite*, 1944, págs. 466-468 (núm. 1.011), 474 y 483.

pone que mientras el juez inglés adopta el criterio del «doble renvío», el francés no lo adopta. Porque si lo aceptase habría de razonar así: el juez inglés no acepta la remisión, ya que allí es éste el Derecho normal y, por tanto, planteada allí la misma cuestión, el juez inglés aplicaría a esta sucesión la ley del domicilio, o sea la francesa, ya que aquél es el verdadero domicilio, según Derecho inglés. Por tanto, si quiero obtener el mismo resultado (que ésta es la creencia de la doctrina), no tengo más que seguir el mismo razonamiento, tradicional en mí desde el caso *Forgo*, y, como en él, aceptar la devolución del país de domicilio legal al de domicilio de hecho, y aplico mi ley, la ley francesa. Veá, pues, el profesor Niboyet cómo si siguen la doctrina ambos jueces aplican la ley francesa, la misma ley. Doctrina que no tiene más inconveniente que la dificultad de saber exactamente, dadas las oscilaciones de la jurisprudencia, cómo juzgaría la cuestión planteada, en aquel momento, el juez del otro u otros países.

De su aceptación no hacemos nosotros criterio cerrado. La señalamos y nos hemos adherido a ella en principio, por creer, como Niboyet cree, ya que en el fondo pensamos lo mismo en este problema, que urge evitar la «denegación de derecho» que resulta de las competencias negativas, ya que, como dice muy bien el mismo Niboyet, es una imperiosa necesidad social, que ningún individuo, ninguna relación humana, ninguna situación, pueda quedar ni permanecer al margen, fuera de todo orden jurídico (pág. 474).

Y nos parecen preferibles estos criterios invariables que el de Niboyet, que propone aplicar en tales casos, por razón de orden público, la *lex fori*. Porque el criterio de la *lex fori* tiene el grave inconveniente de que dados los múltiples factores que pueden influir en la determinación de la competencia de los Tribunales de los Estados, lo deja todo en la incertidumbre y, lo que puede aún ser más grave, lo deja a merced de aquel litigante o sujeto de cualquier negocio jurídico, que más rico y más hábil, pueda colocarse en condiciones de someter su litigio a la competencia de aquellos Tribunales, o los Tribunales de aquel país cuya ley mejor favorezca sus aspiraciones. Y el Derecho pide ante todo, y es ante todo, certidumbre y seguridad.

IX

DERECHO ESPAÑOL

En nuestro Derecho, ni hay ley ni jurisprudencia sobre el problema. Cuando se ha planteado la cuestión ante nuestros Tribunales, éstos han aceptado una vez la solución favorable a la remisión. Se trataba de un súbdito inglés residente durante 50 años en Barcelona, donde tenía su industria y había adquirido cuantiosos bienes raíces y en donde, en fin, había otorgado testamento. Planteada, a su fallecimiento, la cuestión de la ley por la que debía regirse su sucesión, como complementaria, supletorio o limitativa del testamento, el Juzgado del Hospital de la ciudad referida, en 30 de junio de 1900, «considerando que no hay en España ley que resuelva esta cuestión y que, por ello, debe acudirse a la costumbre del lugar o a los principios generales del Derecho, según el artículo 6.º del Código civil, y en este caso, vista la opinión de varios tratadistas y el dictamen del catedrático de esta Universidad D. Juan de D. Trías, que obra en este expediente, no queda duda alguna de que la sucesión debe regularse por la ley de Cataluña, por radicar en Cataluña los bienes dejados por aquél», acordó esta solución. En rigor aun aquí, lo que se sostiene es la territorialidad de la sucesión inmueble, pero la aceptación del principio de la referencia resulta de la aceptación del dictamen del Sr. Trías y Giró, en el que sostenía esta doctrina.

Más tarde hubo una segunda ocasión en que ante nuestros Tribunales se invocó la doctrina de la remisión, pero entonces, como convenía en aquel pleito lleno de anomalías aplicar el Derecho inglés en una aplicación absurda y contraria a su espíritu, y para esta finalidad creían nuestros Tribunales que era un obstáculo dicha doctrina, la sen-



tencia de la Audiencia de Granada de 7 de febrero de 1925 rechaza la remisión, porque «la teoría del «renvoi», aparte de que en general, y sólo en contadísimos casos, ha sido reconocida y aceptada, pues realmente no ha adquirido estado de derecho al cual se le sometan ni sujeten las naciones en sus respectivas legislaciones, en el presente caso, dada la claridad y precisión del párrafo 2.º del artículo 10 del Código civil, basado en el principio de los Estatutos, no hay para qué salirse de él y buscar otra solución que la que él mismo da».

Entablado recurso de casación, el Tribunal Supremo, por sentencia de 10 de febrero de 1926, casó la sentencia, pero sin resolver acerca de la remisión que había sido invocada también como motivo del recurso. Únicamente en el segundo Considerando dice el Supremo que hay que fallar atendiendo exclusivamente a la legislación española, «ya que no existe ningún Tratado internacional suscrito por España que obligue a resolver la cuestión con aplicación de otra norma de Derecho internacional privado de las mencionadas partes, aludiendo a las doctrinas de los tratadistas de esta rama del Derecho y de los jurisconsultos que han dado dictamen respecto al caso». Se trataba de la herencia cuantiosa de D. Arturo Larios, que atribuyéndose la nacionalidad británica, se había adjudicado exclusivamente su sobrino D. Pablo en perjuicio de otros 22 sobrinos carnales del causante, con el mismo derecho por ser del mismo grado y tratarse de abintestado herencia «ocupada» por el demandado con infracción del Derecho español y del inglés, por procedimientos tan inverosímiles como dice el Supremo (54)..

Pero si tenemos presente que para que pueda hablarse de Jurisprudencia es preciso (según doctrina y reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo): 1.º Que las sentencias (la interpretación) procedan de dicho Tribunal Supremo, y 2.º Que la doctrina que constituye el contenido sea reiterada y sobre el mismo asunto, se comprenderá que una sola sentencia de un Juzgado de Primera Instancia y otra de sentido opuesto de una Audiencia Territorial, no constituyen jurisprudencia. En España no tenemos, pues, jurisprudencia.

(54) V. TRÍAS: *De la Theorie du renvoi devant les tribunaux espagnols*, en el «Journal Clunet», de 1901.—*La solución del retorno ante los Tribunales de España*, en la «Revista Jurídica de Cataluña», de 1901.—TRÍAS DE BES: *Derecho internacional privado. Sistema del Derecho español positivo*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1940, págs. 33-36.—LASALA (M.): *Ob. cit.*, páginas 247-248. La sentencia interesantísima del Supremo de 10 de febrero de 1926 puede encontrarse más fácilmente en la *Colección completa de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo. Jurisprudencia Civil*, publicada por la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», tomo 169, Madrid, Reus, 1928, pág. 466.

