

§ 20.—*Efectos de las normas jurídicas en el espacio*

Filomusi Enc. §§ 30, 169, 173; Brugi, Ist. § 5; Pacifici, Ist. I, pág. 225; Gianturco, Sist. I, pág. 147; Chironi, Ist. I, § 18-19; Chironi y Abello, Tratt., pág. 98; Coville, Man. I, §§ 37-42; Crome, Par. gen. § 12; Savigny, Sist. VIII, §§ 345-382; Windscheid Pand. I, §§ 34-35; Regelsberger, Pand. I, §§ 39-46 (1).

Del hecho que todo Estado soberano e independiente ejerce en el propio territorio una absoluta y exclusiva potestad normativa deriva lógicamente que el imperio de las normas jurídicas tiene como límite los confines del territorio en que ejerce la soberanía el poder que las ha dictado, y así como todo Estado puede exigir el reconocimiento exclusivo de su derecho en el propio territorio, ninguno puede pretender que sus normas sean reconocidas fuera de los confines territoriales. Si este doble principio fuere reconocido y aplicado con todo rigor no se podría hablar de conflictos de normas en el espacio; cada Estado no aplicaría a las relaciones que surgen y se desenvuelven en su propio territorio sino las propias leyes, sin consideración a legislaciones a las que, por razón de ciudadanía o de situación, se hallan sometidas las personas y las cosas. Pero se comprende fácilmente que

(1) A más de las obras que se citarán más adelante son fundamentales las siguientes: Schmidt, *Die praktische Herrschaft der Gesetze nach ihren räumlichen und zeitlichen Grenzen*, 1863; Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts*, Hannover, 1889; Zitelmann, *Internationales Privatrechts*, Leipzig, 1897-1898; Niemeyer, *Vorschläge und Materialien zur Kodifikation des intern. Privatrechts*, Leipzig, 1895; *Das intern. Privatrechts des B. G. B.*, Berlin, 1901; Meili, *Geschichte und System des intern. Privatrechts* Leipzig, 1892; *Die Kodifikation des intern. civil und Handelsrechts*, Zurich, 1902; Laurent, *Le Droit civil int.*, Bruselas, 1880; Vareilles Sommières, *La Synthèse du Dr. intern. privé*, París, 1897; Pillet, *Droit inter. privé*, París, 1903; Despagnet, *Precis de Dr. intern. privé*, 5.^a ed. París, 1906; Audinet, *Princ de Dr. intern. privé*, París 1906; Valery, *Manuel de Dr. intern. privé*, París, 1914; Veiss, *Traité élém. de Dr. intern. privé*, París, 1909, Lomonaco, *Tratt. di Dir. civ. intern.*, Napoli, 1874; Fiore, *Diritto intern. privato*, 4.^a ed., Torino, 1909 y siguientes; Catellani, *Il Diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 2.^a ed., Torino, 1895-1902; Gabba, *Introduzione al Dir. civ. internaz. it.*, Roma, 1906-911; Diena, *Diritto intern. privato*, Napoli, 1910.

una tan rigurosa aplicación del concepto de soberanía sería obstáculo a las relaciones internacionales, que son parte muy vital de la existencia misma de los Estados en la actual sociedad y dificultaría la actuación de la justicia al tratar de un modo idéntico personas y relaciones sujetas a normas completamente diversas.

Con la exigencia que la ley del Estado impere sobre todos aquellos que dependen de él por razón de ciudadanía y sobre todos los que se encuentran en su territorio, debe conciliarse la otra: que el extranjero no sea substraído a sus propias leyes solamente porque se halle o actúe en el territorio de otro Estado. Así surge el problema análogo al anteriormente tratado sobre qué ley, en el conflicto entre la territorial y la extranjera, deba aplicarse a la relación jurídica, o, en otros términos, sobre la medida en que la ley de un Estado pueda y deba recibir aplicación fuera de los confines del mismo, problema que de la forma más simple de conflicto entre dos legislaciones (cuando, por ejemplo, la relación se forme en un Estado entre un súbdito de éste y un extranjero) puede llegar a las formas más complejas de conflicto entre muchas legislaciones diversas (cuando, por ejemplo, el súbdito del Estado A y el súbdito del Estado B contratan en el Estado C, en orden a los bienes situados en el Estado D, y surja un litigio en el Estado E mientras cada uno de los contratantes tenga su domicilio en un sexto o séptimo Estado).

También aquí, como en el caso de conflicto entre normas sucesivas, el problema puede ser considerado bajo dos aspectos diversos, en el abstracto y teórico, como investigación de los principios que deben señalarse a los legisladores para la mejor solución del mismo, y en el positivo, o sea como investigación de principios de Derecho que cada legislación ha adoptado para resolver los conflictos concretos entre sus propias normas y las extranjeras. Quien confundiere ambos aspectos cambiaría las soluciones que idealmente aparecen más juntas con aquellas que en realidad han sido establecidas por el legislador.

Ni debe creerse que pueda ser resuelto con la adopción de un principio único y general, aunque se diera en el interior de un Estado; muchas de las doctrinas fatigosamente construidas por insignes juristas eran defectuosas precisamente por preten-

der el haber descubierto un principio único y universal, mientras la solución no puede resultar sino de la fusión armónica de varias reglas diversas correspondientes a la distinta naturaleza de las relaciones en que el conflicto puede surgir.

Las normas de Derecho positivo que regulan los conflictos de leyes en el espacio son de dos especies, según el modo como se forma y la diversa esfera de eficiencia en que operan. Ya que derivan o directa y exclusivamente del legislador de cada Estado, en cuanto que todo Derecho positivo nacional adopta reglas propias para disciplinar los conflictos entre las propias leyes y las extranjeras (1), o derivan de los acuerdos que se crean entre dos o más Estados, merced a los Convenios y Tratados internacionales (2). En uno y otro caso son normas de Derecho que reciben fuerza obligatoria de la soberanía interna de cada Estado, ya que el pacto internacional no valdría por sí solo para darle eficacia obligatoria en el territorio de cada una de las soberanías que lo pactaron si no fueran emanados de ellas como propios preceptos legislativos (3). La particularidad de las segundas está en que, mientras las primeras disciplinan sólo en un sentido y unilateralmente, debiendo cada Estado que las fija prescindir de las normas de conflicto que terceros Estados fijarán por cuenta propia en relación a los ciudadanos de aquél, las otras, en cuanto que son concordadas entre dos o más Estados, tienen recíproca cuenta de las respectivas legislaciones y fijan preceptos uniformes para los Estados contratantes, evitando así que con seguirse sistemas diversos y opuestos se cree una disparidad de trato en las relaciones recíprocas entre los ciudadanos de uno y otro Estado y se formen, como ocurre frecuentemente en el otro sistema, situaciones de gran dificultad en la solución.

(1) Ver Ottolenghi, *Sulla funzione e sulla efficacia delle norme interne di Diritto internazionale privato*, Turín, 1913.

(2) En cuanto al valor de la costumbre como fuente del Derecho internacional privado, ver Cavaglieri, *L'elemento consuetudinario nel Dir. intern. privato*, Padova, 1908.

(3) Sobre las leyes de ejecución de los tratados internacionales y sobre las relaciones entre orden de ejecución y tratado, ver Anzilotti en *Rev. di Dir. internaz.*, III, 1908, pág. 328 y siguientes.

Pertenecen a la primera categoría las reglas de conflicto que nuestro Código civil ha acogido en los artículos 6.^º al 12 (1) de las disposiciones preliminares, creando un sistema casi completo de Derecho internacional privado inspirado en los grandes y fecundos conceptos del principio de nacionalidad y del de equiparación del extranjero al ciudadano; bien poco había dispuesto a tal respecto el legislador francés (Código civil, art. 3.^º); más ricas y detalladas son las normas que contiene el alemán (B. G. B. Einf., artículos 7.^º al 31), y el Código civil suizo (título final, ar. 61) (2). Pertenecen al segundo las contenidas en los Convenios internacionales de Derecho privado celebrados en La Haya el 12 de Junio de 1902 en materia de matrimonio, divorcio y separación de los cónyuges, tutela de menores, y el 17 de Julio de 1905 en materia de procedimiento civil, derechos y deberes de los cónyuges en sus relaciones personales y patrimoniales, interdicción y otras materias análogas; las cuales tienen más importancia cuanto mayor es el número de los Estados contratantes mientras la finalidad última es el imponer a todas las legislaciones un sistema único y homogéneo de reglas de conflictos.

Son, en efecto, prescindiendo de las pocas materias recordadas, diversos los sistemas de cada Estado para resolver los conflictos de ley lo que ha dado lugar a una grave cuestión. Convienen tener presente que las normas de que hablamos son reglas de conflicto, es decir, normas destinadas a indicar entre varias leyes en colisión, a cuál de ellas deba darse la preferencia en la regulación de una determinada relación jurídica. Se distinguen por ello de todas las demás normas jurídicas de derecho material o substancial que regulan las relaciones jurídicas entre las cuales surge el conflicto.

Ahora bien, si una norma de conflicto declara aplicable a la relación jurídica una ley extranjera ¿a qué norma de las conteni-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Artículos 8 al 12 del Código civil español.

(2) Para noticias sobre su contenido véase Catellani, *Il Dir. intern. priv. nel Cod. civile Svirrezo* (*Riv. di Dir. intern.*, III, 1908, pág. 31 y siguientes); Habicht, *Intetn. Privatrecht nach dem Einführungsgesetz zun.* B. G. B., Berlín, 1907.

das en la legislación extranjera debe recurrirse? ¿será a la norma de derecho substancial o de la norma de conflicto que tal legislación contenga? La profunda diversidad de soluciones a que se llegaría siguiendo uno u otro procedimiento se evidencia con sólo pensar que la norma extranjera de conflicto puede señalar una norma de derecho material, de contenido perfectamente opuesto al que ella misma contiene.

Supuesto el caso que una mujer alemana casada, quien para disponer de sus propios bienes inmuebles no necesita de la autorización marital, actúa en Italia donde tiene su domicilio y donde una norma de conflicto (art. 6, disposición preliminar) (1) declara expresamente aplicable a la relación la ley nacional de la persona, si por ley a la que debe recurrirse se ha de entender la norma de derecho material alemán, la enajenación será válida; si por el contrario es la norma alemana de conflicto y ésta declara aplicable a la relación la ley del domicilio, debiera recibir aplicación la ley italiana, y, por consiguiente, la enajenación considerarse nula por falta de autorización marital (según el sistema del Código italiano de 1865, modificado ahora por haberse abolido la autorización marital). Pocos escritores (2) mantienen esta segunda opinión que defienden por la consideración de que cuando una ley nacional recurre a otra extranjera, el recurso se debe entender hecho a todas las normas en ésta contenidas, entre las cuales figuran en primera línea las normas de conflicto; los más (3) la rechazaron, no sólo por los graves inconvenientes y

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Art. 9 del Código español.

(2) Entre nosotros: Fiore, *Dei conflitti tra le disposiz. legisl. di Dir. int. priv.*, Torino 1900; *Journal de Dr. int. privé*, 1901, pág. 424 y siguientes; Bar, *Theorie und Praxis des intern. Privatrechts*, I, n. 94.

(3) Ver Catellani, *Del conflitto fra norme di Dr. int. priv.* (Atti R. Ist. Ven, 1896-97, pág. 1.647 y siguientes); Anzilotti, *Studi critici di Dir. intern. priv.*, pág. 194 y siguientes; Buzzati, *Il zinvio nel Dir. int. priv.* (Riv. it p. le Sc. giur., XXVII, 1899, pág. 327 y siguientes); *Sulla teoría del rinvio nel Dir. int. priv.*, (Foro it., 1920, I, pág. 348 y siguientes); Cavaglièri, *La teoría del rinvio* (Filangieri, 1915, pág. 401 y siguientes); Potu, *La question du remir en Dr. int. pr.*, París, 1913. Además Ascoli y Cammeo in Crome, Par. gen., pág. 76, núm. A, Venzy en Pacifici, Ist. I, pág. 293 y siguientes; Olivi, *Dir. int. publ. c. priv.*, pág. 670; Coviello, Man. I, página 138 y siguientes, etc.

por el resultado eventualmente negativo (1) a que conduce, sino también porque es contraria al espíritu de las normas de conflicto, cuyo fin es el indicar las normas de derecho substancial y por destruir la unidad del sistema de normas de conflicto que toda legislación suele acoger de un modo exclusivo (2).

Las reglas contenidas en nuestro Código civil, si bien representan una innovación con respecto a otros sistemas seguidos por anteriores legislaciones por efecto sobre todo del principio de la nacionalidad que todo lo invade y vivifica, son también el resultado de la larga y laboriosa lucha que entre principios y sistemas opuestos se entabló apenas los Estados se afirmaron como soberanos e independientes y surgieron las múltiples relaciones entre las gentes, ofreciéndose este problema entonces a la mente del jurista y del legislador. No es posible entender su espíritu ni estimarla en su justo valor sin considerar los precedentes históricos que las prepararon.

Verdaderos y propios conflictos de leyes no fueron posibles en tanto duró la hegemonía romana; en tanto el romanismo im-

(1) En efecto, el principio debe entenderse en el sentido de que la referencia se hace a las normas de conflicto y no a las de Derecho material; ello debiera aplicarse también luego de haber recurrido primeramente a un Derecho extranjero: si la norma de conflicto de Derecho extranjero ordena recurrir un tercer Derecho (ley del domicilio *rei sitae* etc.), en éste debiera buscarse la correspondiente norma de conflicto y ésta podía ordenar el recurrir a un cuarto, quinto o sexto Derecho sin nunca hallar la norma de Derecho material aplicable. Pero también un único *recurso* a la ley extranjera podía bastar a crear un círculo vicioso como demuestra el ejemplo citado en el texto que mientras la ley alemana ordena resolver el conflicto por la *lex domicilii*, ésta que es la italiana ordena recurrir a la ley nacional y así iríamos de una a otra ley sin resolver el caso.

(2) El sistema único seguido por el Derecho nacional quedaría destruido porque para cada caso de colisión se aplicaría no la regla de conflicto querida por el legislador, sino una serie de reglas, diversas cuantas fueran las legislaciones, a través de las cuales fuera preciso pasar hasta descubrir la norma de Derecho material. Para el Derecho positivo italiano está fuera de duda, como resulta de los trabajos preparatorios y de la misma formulación de los artículos 6 al 12 cuando se ordena el recurrir a una ley extranjera, ésta se entiende en el sentido de precepto material, no de conflicto.

pero fué mantenido (con algunas salvedades) el principio de la exclusión del Derecho extranjero (1). Pero esto debía modificarse bajo el influjo del germanismo favorable al principio de la personalidad de las leyes. Dos sistemas, por tanto, alternan: el inspirado en la territorialidad, que sometía a las leyes locales a todas las personas, incluso las extranjeras que residían en el Estado, y el de la personalidad, según el cual toda persona podía vivir sometida a su propia ley de origen. Del choque de ambos principios surgió más tarde (y recibió amplia elaboración por Bartolo y los postglosadores) la *teoría de los estatutos* que clasificó las leyes en personales, es decir, relativas al estado, a la capacidad de las personas, a las relaciones de la familia y como tales aplicables incluso fuera del territorio; *reales* relativas a los bienes sobre todo a los inmuebles, a los modos de adquirirlos y transmitirlos y por ello no aplicables fuera del territorio; luego se consideraron tres grupos de leyes, añadiéndose por D'Argentré a los dos primeros el de las leyes *mixtas* que se referían a las relaciones concernientes a un mismo tiempo a los bienes y a las personas y particularmente a la forma de los actos y para los cuales la aplicabilidad fuera del territorio se admitía o no según los casos y los criterios sutiles de distinción deducidos del fin que la ley perseguía.

Estas distinciones y subdistinciones infinitas entre estatutos que se refieren primordialmente a la persona o a los bienes, entre prohibitivos y permisivos, favorables y desfavorables, conformes o disconformes con el Derecho común, particulares y universales y el criterio que implicaban meramente verbalista y externo (2) para decidir de la naturaleza de aquellas, hicieron

(1) Hay que entenderlo con las debidas salvedades; hubo en las diversas partes del imperio diversidad de derechos en cuanto fueron mantenidas las leyes del país y, por tanto, se aplicó también el principio de la personalidad de las leyes.

(2) Es famoso el ejemplo, infelizmente escogido por Bartolo en materia de sucesiones, de un estatuto que concebido en la fórmula *Bonadecedentium veniant in primogenitum* debe considerarse como disposición referente a los bienes y, por tanto, con eficacia territorial y concebido en esta otra *Primogenitus succedat* debe considerarse como disposición relativa a las personas y, por consiguiente, de efecto extraterritorial, lo

sentir la necesidad de una teoría menos formalista, forzando a los juristas a buscar un principio supremo que proporcionase el fundamento racional de la aplicación del Derecho fuera de los confines territoriales y la solución práctica de los conflictos positivos.

Oponiéndose a la doctrina defendida por los más de que el principio regulador debía considerarse el de la territorialidad, el del imperio exclusivo de las normas locales sobre todas las relaciones jurídicas, templado por el principio de la *Comitas gentium*. Schäffner (1) rechazó la idea de una absoluta territorialidad de las leyes, templada por la *Comitas* y partiendo del concepto de que el Juez debe indagar la ley mejor adaptada a la relación según la naturaleza de las cosas, sentaba el principio de que «toda relación jurídica debía ser juzgada según la ley del lugar en que nació». Declaraba, por tanto, decisiva para la capacidad de las personas la ley del domicilio de origen; para la regulación de los bienes la de la residencia estable del propietario si eran muebles o si eran considerados *uti universitas* y la *locus rei sitae* si inmuebles; para la forma de los actos la ley del lugar en que aquellos se formaron y en cuanto a su esencia por la ley personal o la local, según predominase el elemento personal o el real.

En el principio contrario se inspiraba Zachariae (2) enseñando que debía prevalecer la ley del lugar donde se hizo valer la relación jurídica; solo en los casos en que una norma de Derecho interno positivo o un Tratado internacional reconocieran el

cual llevó a algunos a afirmar que fuese decisiva para determinar el carácter real o personal del estatuto, la construcción sintáctica de las palabras. Fué inmerecido el cargo que se le hizo de superficialidad pero cierto también que el criterio verbalista fué seguido por muchos aunque no por todos. Molino enseñaba que debía atenderse no a las palabras sino a la esencia y al lugar en que estaban situados los bienes, *Aut statutum agit in rene et quacumque verborum formula utatur, semper inspicitur locus ubi res sita est, unde, sive dicat Bona non veniant ad foeminas sive Foeminae non succedant semper locum habet in bonis sitis intra fines suos*. Ver Catellani, *Dir. int. priv.*, I, pág. 338, n. 5; pág. 463, n. 2.

(1) *Entwicklung des internationales Privatrechts*, Frankfurt, 1841.

(2) *Man dí Dir. civ. franc.* I, § 30 (de la edición de Crome).

Derecho extranjero o cuando fuera concedido a las partes el susstraer la relación al Derecho local para someterlo a un Derecho extranjero, éste sería aplicable fuera de los confines territoriales.

Más compleja y más racional también fué la teoría de Wächter (1) el cual, partiendo del principio según el cual, el Juez, cualquiera que sea el elemento extranjero que se ofrezca en la relación, debe aplicar las leyes del propio Estado, afirmó que el Derecho extranjero debía aplicarse sólo cuando una disposición explícita del Derecho interno o el espíritu del mismo impusiere o permitiere tal aplicación. Rechazando las demás teorías formuladas de un modo simple, como por ejemplo, las de absoluta territorialidad o personalidad, se esforzó en demostrar que para toda relación jurídica hay (siempre en el campo de una interpretación de la voluntad legislativa y no en el de la investigación abstracta), razones peculiares que imponen o excluyen la aplicación de la ley del Juez. Débese, por tanto, en defecto de disposición expresa, aplicarse al estado y capacidad del extranjero la ley de su domicilio, pero a las consecuencias de aquella, la ley del Juez; a las cosas, la *lex rei sitae*; a las obligaciones, la del Juez; si nacieron de actos ilícitos, la elegida por las partes o en su defecto la del lugar de la convención o de la ejecución si nacieron de contrato; la ley del domicilio del *de cuius* en las sucesiones testamentarias o legítimas; la ley personal para las relaciones de familia, la del lugar de formación del acto a la forma del mismo.

La doctrina, sin embargo, que más profundidad de concepción revela, es la formulada por Savigny (2) que ejerció poderosa influencia en las posteriores sobre todo en la italiana. La base sobre la cual descansa, es el concepto de «comunidad» de Derecho internacional, entre las varias naciones que mantienen relaciones entre sí; constituyendo los distintos sistemas positivos de Derecho acogidos por los Estados particulares los elementos

(1) *Über die Kollision der Privatrechtsgesetze Verschiedener Staaten* (Arch. p. die civ. Praxis, XXIV, 1841, pág. 230 y siguientes; XXV, 1842, página 1 y siguientes; 161 y siguientes; 361 y siguientes). Sobre sus doctrinas ver Catellani, *L'opera di G. V. Wächter nel Dir. intern. priv.*, Venezia, 1900.

(2) Sistema, VIII, pág. 30 y siguientes.

de un organismo más amplio, el Juez deberá aplicar ya uno o ya otro según la esfera de Derecho a que la relación pertenece; la aplicación del Derecho extranjero se considerará, no como una concesión gracia de la soberanía, sino consecuencia de la comunidad de Derecho. Deberá indagar el Juez «a qué esfera de Derecho por su peculiar naturaleza pertenece y está sometida la relación jurídica». Lo cual significa que frente a cada relación jurídica debe determinarse su sede propia para poder aplicar la legislación de ésta. El principio así formulado sufre limitaciones en algunos casos, en los cuales el Juez no es libre en su investigación, estando obligado a aplicar el Derecho del propio Estado. Estos casos pueden reducirse a dos clases, según que se trate de leyes de carácter estrictamente positivo o de instituciones jurídicas de un Estado extranjero que no son reconocidos ni tutelados en el Estado del Juez. Una limitación es consentida también en los casos en que es concedida a la libertad individual la elección de una ley diversa de aquella que según el principio susodicho debiera regular la relación. Tres principios dominan, por tanto, toda la materia de conflictos: la sede de la relación, el orden público y la libertad individual de modo que según los casos se aplicará la *lex domicilii* de la persona, la *lex rei sitae* o la ley del lugar en que el acto se realizó, siempre que la libre elección de las partes no haya determinado una ley diversa (*lex voluntatis*) o motivos de orden público no impongan la aplicación de la *lex fori*.

El nuevo y grande principio que la escuela italiana, por obra de su fundador Mancini, inyectó en la teoría de Savigny y que así como en el Derecho público internacional dió la base jurídica a las reivindicaciones nacionales, se mostró en el privado fecundo en resultados, fué el de la *nacionalidad*. Al concepto entonces dominante en Alemania de que la ley a que debía ser sometida la persona, venía determinada por el lugar de su domicilio, sustituyó el más racional de la pertenencia a la nación, es decir, el vínculo político determinado por la ciudadanía (1), vínculo

(1) Así debe ser entendido el concepto de nacionalidad en el Derecho internacional privado en el que debe prescindirse de los casos en que un grupo étnicamente perteneciente a una nación, venga agregado a

más íntimo que el de pertenencia por razón del domicilio. Todo el sistema de las normas de conflicto acogido por nuestro legislador se apoya sobre cuatro principios fundamentales de cuya armónica conciliación (1) derivan las reglas particulares establecidas en los artículos 6 al 12 de las disposiciones preliminares:

a) El de la nacionalidad que domina en los derechos personales y de familia, así como en los de sucesión por el nexo íntimo entre éstos y los anteriores y en los derechos relativos a las cosas muebles que siguen a la persona del propietario, principio que quiere sean regidos por la ley personal dando, por consiguiente, extraterritorialidad, al estado y la capacidad de las personas, a las relaciones familiares y las patrimoniales sucesorias y móbiliarias.

b) El de la territorialidad que desenvuelve su aplicación en todas las relaciones que se refieren al ordenamiento del Estado, a los intereses supremos del mismo y no admite imperio de otra ley que no sea la territorial. Es evidente que las leyes que se refieren al orden y a la seguridad pública, las leyes penales, las procesales, y, en general, todas las de Derecho público deben recibir aplicación absoluta en el territorio, ya en relación a los ciudadanos, ya con respecto a los extranjeros porque son normas que se proponen la tutela del Estado y en ellos se acentúa más la soberanía y la independencia del mismo. El art. 10 de las disposiciones preliminares, dice «la competencia y las formas del procedimiento son regulados por la ley del lugar en que se tramita el juicio» y el art. 11 establece que «las leyes penales, de policía y seguridad pública obligan a todos aquellos que se hallan en el territorio del reino» (2). Y el mismo principio debe imperar cuando se trate de relaciones que, afectando al particular, impliquen un interés social predominante sobre el individual como ocurre, por ejemplo, con los inmuebles, los cuales, for otra y sometido a otra soberanía. La nacionalidad se entiende como vínculo político. Más amplio es en el campo del público el alcance del principio que representa la aspiración de los pueblos divididos por dominaciones extranjeras a agruparse en unidades políticas.

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Véanse los artículos 8 al 12 del Código civil español.

(2) Id.—Art. 8 del Código civil español.

mando parte del territorio nacional no podrían hallarse sometidos a un régimen diverso del que el legislador ha adoptado.

c) El de la autonomía de la voluntad que domina en el campo de las obligaciones y especialmente en materia contractual en cuanto es permitido a la libertad individual el determinar las leyes a las cuales se quiere someter la relación obligatoria.

d) El del orden público que funciona como límite del principio de extraterritorialidad e implica el imperio exclusivo de la ley territorial siempre que el reconocimiento de la ley extranjera implicase una ofensa a los principios fundamentales del orden público y a las buenas costumbres o se trate de relaciones jurídicas e instituciones que aun admitidas por la legislación extranjera contrastan con el ordenamiento jurídico del Estado en que se quisieran aplicar.

Este último principio ha dado lugar a graves discusiones para la más precisa delimitación de su contenido. La fórmula legal en la que ha sido reconocido es la del art. 12: «No obstante las disposiciones de los artículos precedentes, en ningún caso las leyes, los actos y las sentencias de un país extranjero, así como las disposiciones o convenciones privadas, podrán derogar las leyes prohibitivas del reino que conciernen a las personas, los bienes o los actos, ni las leyes referentes al orden público y a las buenas costumbres» (1) (2).

(1) Referencia al orden público se hace en el art. 941 del Código de procedimiento civil que dispone un examen preventivo de la sentencia extranjera por parte de la autoridad judicial italiana (Corte de apelación) cuando se quiera dar ejecutoriedad en el reino a una sentencia dictada en país extranjero. El Juez italiano debe indagar entre otras cosas (artículo 941, n. 4) «si la sentencia contiene disposiciones contrarias al orden público o al Derecho público interno del reino». El art. 941 ha sido modificado mejorando su contenido con el Decreto-ley de 20 de Julio de 1919 que reproduce la regla «no puede darse fuerza ejecutiva a una sentencia extranjera que contenga disposiciones contrarias al orden público y al Derecho público interno del reino». Sobre la innovación legislativa ver Diena, *Sul progetto di riforme dell'art. 941 c. pr. c.* (Riv. Dir. Comm., 1917, I, pág. 114, 644). Vivante, *Il progetto del Senato sull'esecuzione delle sentenze straniere* (ib. pág. 638 y siguientes); Sacerdoti (ib. pág. 441 y siguientes); Ottolenghi, (ib. 1919, I, pág. 603 y siguientes).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—Artículo 11, párrafo 3.^º del Código civil español.

Se habla de una doble categoría de leyes: las prohibitivas, que se refieren a las personas, los bienes o los actos y las que se refieren al orden público y a las buenas costumbres; de una y otra categoría se razona desde un doble punto de vista, en cuanto que tales normas no son derogables por la voluntad de los ciudadanos, para los cuales tienen un carácter de absoluta obligatoriedad y en cuanto que su imperio no puede cesar tampoco con relación a los extranjeros. La primera distinción es más formal que substancial; las leyes prohibitivas que se refieren a las personas, los bienes o los actos, es decir, aquellas relativas al Derecho privado (pues para el Derecho público proveen directamente en el sentido indicado los artículos 10 y 11), son en definitiva de orden público, cuyo concepto fué ya fijado por nosotros a su debido tiempo (1). Pero no todas las normas de orden público tienen igual alcance, y por eso tiene valor sustancial la segunda distinción. La noción de orden público es doble, como doble es el principio que expresa el art. 12 al referirse a la no derogabilidad de algunas normas por convenciones privadas de los ciudadanos, por un lado y, por otro, a la no derogabilidad de las mismas en relación a los extranjeros.

Debe distinguirse, como hace la doctrina casi unánime (2), el concepto de orden público interno que se refiere a las normas que ejercen un imperio de obligatoriedad absoluta sobre los ciudadanos y no son susceptibles de derogación, de las de orden

(1) Ver Milone, *Le leggi proibitive nell'*, art. 12 del título preliminar al Código civil; Filangieri, XXIV, 1899, pág. LXXIV, que las entiende en el sentido de leyes rigurosas indeclinables e inderogables y detalla succinctamente otras interpretaciones.

(2) Fedozzi, *Quelques considerations sur l'idée d'ordre public. intern.*, (*Fourn. de Dr. intern. privé*, 1897, pág. 69 y siguientes, 495 y siguientes), Fiore, *Dir. priv. intern.*, I, pág. 244; Gabba, *Contributo alla retta interpret. dell'*, art. 12, disposición preliminar (en *Nuove quest. di Dir. civ.*, 1906, 2.^a ed., II, pág. 272 y siguientes); Rapisardi y Mirabelli, *L'ordine pubblico nell' Dir. intern.*, Catania 1908; Venzi en Pacifici Ist. I, pág. 301 y siguientes; Ascoli y Cammeo en Crome Par. gen., pág. 77 y siguientes, n. a y ampliamente con referencias críticas a la abundante literatura sobre la cuestión del orden público, Catellani, *Dir. intern. priv.*, II, pág. 258. Contrario a la distinción se muestra Coviello, Man. I, pág. 122 y siguientes.

público internacional que se refieren a las normas relativas a los ciudadanos y a los extranjeros, y que siendo reglas comunes a los pueblos cultos constituyen un obstáculo al reconocimiento del Derecho extranjero cuando se admiten en éste instituciones jurídicas que contrastan con aquél. En otros términos: no basta con que una institución jurídica no sea acogida por una legislación, para que esto constituya sin más un obstáculo al reconocimiento del Derecho extranjero que lo admite, sino que precisa que sea opuesto y contrario al sentimiento más difundido en la sociedad internacional (por ejemplo, la poligamia, la esclavitud); no basta tampoco que la norma obligue a los ciudadanos para que ello impida el disciplinar con otra diversa las relaciones jurídicas entre extranjeros (como, por ejemplo, las que se refieren al estado y a la capacidad de las personas y a las sucesiones); precisa que sea tal que no pueda admitirse sin grave perturbación del orden interior u ofensa de las buenas costumbres una regulación diversa, aunque sea en orden a los extranjeros. Por ello es la esfera del orden público proyectado al Derecho internacional más restringida que la del orden público en el Derecho interno; pero una más rigurosa delimitación no es posible en vía abstracta y teórica por la naturaleza abstracta del concepto de orden público, que es esencialmente mudable y contingente; la determinación debe confiarse caso por caso al prudente arbitrio del Juez(1).

(1) Un nuevo criterio señala Gabba, *Introd. al Dir. civ. internaz. ital.*, según el cual para la determinación, no ya de las normas de Derecho substancial sino de las normas mismas de conflicto, debe considerarse ante todo la naturaleza del caso a resolver y la sede de la relación jurídica; el Juez, determinada la sede, deberá elegir como normas de conflicto las del Estado a que la relación pertenezca y definir el caso mismo según la ley nacional que sea designada por esta norma. La consecuencia que de esta teoría deriva, sería bastante grave para nuestro Derecho como nota Diena, *Sul metodo e sui criteri fondamentali per lo studio del Diritto internaz. privato* (Riv. Dir. civ., IV, 1912, pág. 325). Ello obligaría al Juez italiano a adoptar normas de conflicto extranjeras y diversas de las contenidas en los artículos 6-12, cuando la indagación de la sede de la relación resultare como sede un Estado que no fuera el italiano, pues entonces no se aplicarían los principios contenidos en los artículos 6-12 que tienen carácter de normas de Derecho público obligatorias e impuestas con tal carácter a los Jueces.

Descendiendo ahora al examen de las reglas particulares que nuestro Derecho acoge, nos limitaremos a las relativas a los conflictos de leyes en las materias de Derecho privado y también respecto a éstas a una sucinta enunciación de los principios generales imperantes en las supremas categorías de las relaciones (1) (2).

a) *Derechos de las personas y de familia.* — Dispone el artículo 6.^o que el «estado y la capacidad de las personas, así como las relaciones de familia, son regulados por la ley de la nación a que aquéllas pertenecen». Qué es lo que debe entenderse por «ley nacional», lo hemos ya dicho al indicar que la palabra nación es tomada aquí en el sentido del Estado al cual se halla ligado el particular por vínculo político. Es, pues, el vínculo de ciudadanía y no el étnico de pertenencia a un grupo nacional lo que decidirá sobre la ley aplicable a la capacidad jurídica en general y a la capacidad de obrar lo que determinará cuándo cesa la menor edad y decidirá sobre el estado de filiación, de paternidad, de cónyuge, relaciones personales entre padres e hijos, entre cónyuges, etc. Pueden surgir, sin embargo, cuestiones preliminares no resueltas por la fórmula del artículo, que no decide sobre cuál sea la ley nacional aplicable. Puede suceder que la nacionalidad resulte discutida en cuanto comprobada la condición de extranjero de una persona deba fijarse el Estado a que pertenezca para establecer la ley reguladora de su capacidad o de sus relaciones familiares.

Y la cuestión se agrava en dos hipótesis que, si no son frecuentes, tampoco resultan imposibles: cuando alguno posea una doble nacionalidad (3) o no posea ninguna (4).

(1) NOTA DEL TRADUCTOR.—Artículo 9 del Código civil español.

(2) Ver Fedozzi, *Cenni sulla interpret. della leggi di Diritto inter. priv.* (Studi per Scialoja II, pág. 433); Ghirardini, *Sull. interpr. del Dir. inter. priv.* (Riv. di Dir. intern., 1919, pág. 289 y siguientes).

(3) Esto sucede con los hijos de italianos nacidos en Inglaterra, que según la ley inglesa son ingleses y según la nuestra son italianos, o con la mujer inglesa que, casándose con italiano, es italiana (ley de 13 de Junio de 1912, art. 10) e inglesa según la ley inglesa.

(4) Este segundo caso posible según las normas del Código civil hoy merced a la ley sobre la ciudadanía, es imposible o muy difícil.

Se debe entonces recurrir a otros criterios subsidiarios: uno de éstos es el del domicilio o de la residencia, que en el caso de doble nacionalidad entre las dos leyes nacionales elige la del lugar en que la persona tenga su actual domicilio, mientras en el caso de los sin patria, faltando una ley nacional, se considerará como tal *la lex domicilii*.

También precisa recurrir a otros principios subsidiarios cuando se trata de relaciones familiares u otras análogas en que se tomen en consideración varias personas y donde, por consiguiente, es necesario determinar previamente cuál de entre las leyes nacionales de las mismas deba regir la relación. Ya que si para decidir sobre la capacidad para contraer matrimonio, para adoptar y ser adoptado, asumir la tutela y estar a ella sometido, se debe tener en cuenta la ley nacional de cada uno de los esposos del adoptante y del adoptado, del tutor y del pupilo. ¿Cuál de las dos leyes (cuando subsista después del matrimonio o la adopción la diversidad de nacionalidades) regirá la relación conyugal o de paternidad adoptiva o de tutela, en su doble aspecto meramente personal y patrimonial? (1).

(1) Dos puntos son particularmente notables. De los artículos 2 y 3 del primer Convenio (en materia de matrimonio) deriva que los Estados contratantes tienen la facultad de prohibir el matrimonio de los extranjeros que fuese contrario a las propias disposiciones prohibitivas en lo que se refiere, a) grados de parentesco y afinidad para los que exista una prohibición absoluta; b) los culpables de adulterio, uno de los cuales haya obtenido la disolución del matrimonio precisamente por razón de adulterio y contra los cuales exista la prohibición absoluta del matrimonio; c) las personas que hayan sido condenadas por haber atentado concertadamente contra la vida del cónyuge de una de ellas y contra las cuales exista una prohibición análoga. Nuestro Código, art. 102, quiere determinada la capacidad de un extranjero para contraer matrimonio por su ley nacional; sin embargo lo somete en cuanto a los impedimentos, a los señalados por la ley italiana y para ésta son impedimentos, a más de la consanguinidad y la afinidad dentro de determinados grados, el estado de viudez dentro de los diez meses siguientes a la muerte del marido, la existencia de otro matrimonio no disuelto o anulado, el homicidio en grado de tentativa frustrado o consumado, realizado en uno de los cónyuges, etc. Ahora bien; puesto que el Convenio, al dar facultad de prohibir el matrimonio por los tres motivos indicados en el art. 2º, no consiente que en el territorio de los Estados contratantes se pueda impedir el ma-

El recurso al concepto de que la unidad del consorcio familiar es dada por la persona del marido o del padre, y el de que la tutela es una institución a favor del menor incapaz, indicará como ley reguladora, respectivamente, la nacional del marido, del adoptante, del pupilo, en cuanto se refiera a las relaciones personales y, por regla general, a las patrimoniales, si bien en lo que a estas últimas atañe, y por lo que respecta al matrimonio, la cuestión es muy controvertida.

Estas y otras múltiples cuestiones, cuya solución es insuficiente a proporcionar la fórmula del art. 6.º, han sido más completamente disciplinadas en lo que se refiere a las materias de matrimonio, divorcio y separación de los cónyuges y tutela por los tres Convenios de La Haya de 12 de Julio de 1902, que (nótese bien) han creado entre Italia y los demás Estados contratantes, que fueron la mayor parte de los europeos, un especial sistema de Derecho internacional privado cuyas normas tienen eficacia obligatoria en todo el territorio de los Estados que lo pactaron y han modificado en algún punto las normas de conflicto italianas, cuyo vigor subsiste con relación a los Estados no contratantes. Se aplica además la ley nacional a las personas ju-

rimonio por otros motivos, es claro que el art. 102 del Código civil recifre, por parte de los Estados contratantes y en relación con ellos, una profunda modificación no pudiendo rehusar la autorización al matrimonio para los súbditos de tales Estados por los motivos enumerados en el artículo 102 que no sean los establecidos en el Convenio. Más singular es el efecto del art. 2, n. 2 del Convenio sobre el art. 62 del Código civil que sienta como impedimento el hecho de que alguien haya sido declarado en juicio criminal reo de delito de homicidio voluntario consumado, tentativa o frustrado en la persona de uno de los cónyuges. El art. 2, n. 2, habla solo de personas condenadas por haber atentado concertadamente contra la vida del cónyuge de una de ellas exigiendo una complicidad por parte de uno de los cónyuges y el tercero que quisiera casar con él mientras el Código italiano prohíbe el matrimonio, si el tercero ha atentado sin haber complicidad por parte del otro cónyuge. Tal hipótesis pierde valor de impedimento en el territorio del Convenio.

Un amplio comentario de los tres importantes Convenios se debe a Buzzati, *Tratt. di Dir. intern. pr. secondo le Conv. dell'Aia*, Milán 1907, volumen I; de él han sido tomadas estas notas; ver también Filomusi, Enc., página 7-79.

rídicas extranjeras, salvo las disposiciones de orden público que prohíban admitirlas al ejercicio de los derechos en Italia (por ejemplo, Corporaciones religiosas suprimidas).

Y, excepcionalmente, derogando el principio establecido en el art. 6.^º, no será la ley nacional la que regule la capacidad, sino la del lugar en que se haya contraído la obligación cuando se trate de obligaciones mercantiles, según la disposición del artículo 58 del Código de Comercio, interpretada en tal sentido por la mayoría de los autores (1).

b) *Derechos reales* (2).—La antigua y tradicional doctrina que distingue entre bienes muebles e inmuebles aplicando a aquéllos la ley del propietario, según la máxima *mobilia personam sequuntur*, y a éstos la ley del lugar en que están sitos (*lex rei sitae*)—mientras que una doctrina contraria, sostenida principalmente en Alemania, quiere se aplique a unos y a otros la *lex reisitae*—, ha sido acogida por nuestro Código en el art. 7.^º: «los bienes muebles se hallan sujetos a la ley de la nación del propietario salvas las contrarias disposiciones de la ley del país en que se hallen. Los bienes inmuebles están sujetos a la ley del país en que se hallan» (3); el fundamento de la regla relativa a los muebles es la ficción por la cual se reputa que éstos siguen a la persona del propietario y en la oportunidad de sus traer la regulación de la propiedad mobiliaria a los continuos y rápidos cambios de legislación que derivarían de la adopción de la regla contraria.

Desde el punto de vista abstracto es bastante dudoso si tal fundamento es o no racional y si no sea mejor y más adaptado a la realidad de las cosas el principio de la aplicación de la *lex rei sitae* también a los muebles desde el punto de vista del Derecho positivo, la excepción «salvas las contrarias disposiciones de la ley del país en que se hallen», aporta una limitación tan

(1) El artículo ha dado lugar a controversias; puede verse un resumen de éstas en las notas de Venzi al Pacifici, Ist. I, pág. 627.

(2) Ver Diena, *I Diritti reali considerati nel Dir. intern. priv.*, Torino 1895; *I conflitti di legge in materia di Dir. reali*, Riv. Dir. comm. 1911, I, pág. 508 y siguientes.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. — Artículo 10 del Código civil español.

amplia a la regla que destruye gran parte de su valor. Discutidísimo en la doctrina es el preciso significado de esta excepción, que no parece deba entenderse en el sentido de la no aplicabilidad de la ley extranjera cuando les sean contrarias las disposiciones de orden público interno, puesto que ésto resulta ya declarado por vía general para todas las especies de derechos y relaciones jurídicas por el art. 12; su alcance, según nuestra opinión, es más amplio en cuanto que a la ley de la situación deben estar sujetas todas las relaciones mobiliarias en lo que se refiere a la organización local de la propiedad, aun cuando el orden público interno no fuera obstáculo a la admisión de una ley extranjera (1).

c) *Derechos de obligación* (2).—Dominante en materia de obligaciones la autonomía de la voluntad, impera antes que cualquiera otra la ley elegida por las partes (*lex voluntatis*), ya se verifique la elección de modo expreso o ya tácitamente. Es, pues, ante todo, una cuestión de interpretación de la voluntad la que se ofrece primeramente en este campo.

Sólo a falta de una voluntad expresa o tácitamente manifestada intervienen otras reglas; se aplicará la ley nacional de los contrayentes si pertenecen al mismo Estado, la ley del lugar en que la obligación se contrajo si son de nacionalidad distinta. Según la fórmula del art. 9.º, «la esencia y los efectos de la obligación se reputarán regulados por la ley del lugar en que el acto se verificó y si los contrayentes pertenecen a una misma nación por su ley nacional, salvo siempre el poder manifestar una voluntad diversa»; esta doble regla se basa en una presunción de voluntad que cae cuando se demuestra la existencia de una voluntad diferente.

Es preciso aclarar el contenido de esa regla, que no resulta exactamente formulada. Aunque en ella se habla de obligaciones en general, el contenido de ambas reglas se limita a las obligaciones contractuales. Pero las obligaciones pueden derivar tam-

(1) Ver Venzi en Pacifici, Ist. I. pág. 404 y siguientes.

(2) Velle *La Sostanza e gli effetti delle obblig. nel Dir. intern. priv.* (en Dig. it.), Salvioli, *Note critiche sulle obblig. nel Dir. intern. priv.* (Riv. Dir. int., 1919, pág. 32 y siguientes).

bien de la ley, del delito, del cuasi delito y del cuasi contrato y para éstas resultan inaplicables.

Debería aplicarse a las obligaciones *ex lege* (por ejemplo, a la obligación de alimentar, a la que deriva de relaciones de vecindad) la ley que regula la relación personal o de familia o bien la relación real en que se originan, y por ello la ley nacional en el primer caso y la territorial en el segundo; a las que se originan en el delito o cuasi delito, la ley del lugar en que el mismo ha sido cometido; a las que nacen del cuasi contrato, la ley del lugar en que el acto que crea la obligación se realizó (ley del lugar del pago de lo indebido del negocio en gestión, según se trate de la *condictio indebiti* o de la *negotiorum gestio* o bien la de la relación, nacional o territorial, en los demás casos).

d) *Sucesiones* (1).—Un principio que tuvo gran autoridad en otros tiempos en materia de sucesiones era el de que éstas fuesen reguladas por la ley del lugar en que los bienes se hallasen situados; de modo que había tantas leyes aplicables cuantos fueran los territorios en que radicaban los bienes (*tot hereditates quot territoria*), pero fué abandonado y sustituido por otro que las regulaba unitariamente. Inspirándose en el concepto de que ya derive de la ley (sucesión legítima) o de la voluntad (testamentaria), en ellas se manifiestan las características nacionales de la persona (sobre todo en la sucesión legítima por la íntima conexión que tiene con los derechos de familia), el legislador italiano ha elegido, muy oportunamente, como ley reguladora la nacional del *de cuius*. Y en cuanto que considerada la herencia como *universitas*, se debe prescindir de toda distinción entre bienes muebles e inmuebles. «Las sucesiones legítimas y testamentarias, en cuanto al orden de suceder, cuantía de los derechos sucesorios e intrínseca validez de las disposiciones, están reguladas por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trata, cualquiera que sea la naturaleza de los bienes» (art. 8.^o) (2).

(1) Ver Diena, *L'art. 8 delle disp. prel. al Cód. civ.* (Riv. Dir. intern., 1906, pág. 576 y siguientes); Anzilotti, *L'art. 8 delle disp. prel. al Cód. civ. e la regola, quot territoria tot hereditates* (Riv. Dir. intern., pág. 569).

(2) NOTA DEL TRADUCTOR. - Artículo 10, párrafo 2.^o del Código civil español.

La ley nacional del difunto es la que le corresponde al tiempo de su muerte y ella sola regirá, por tanto, el orden de sucesión de los llamados a la herencia, la cuantía de las cuotas, validez de las disposiciones, derecho de representación, derecho de acrecer, etc.

Esta norma se halla completada por el art. 9.^º, que ha equiparado las donaciones a los legados por influjo del Derecho francés, sometiendo éstos y aquéllos a la ley nacional del disponente. «La herencia y efectos de las donaciones y de las disposiciones de última voluntad se regularán por la ley nacional de los disponentes» (1).

e) *Forma de los actos* (2).—En cuanto a la forma de los actos, dos principios se encuentran en nuestro sistema según la regla del art. 9.^º. «Las formas extrínsecas de los actos *inter vivos* y de última voluntad, se determinan por la ley del lugar en que se efectúan».

Es, sin embargo, facultad de los disponentes o contratantes emplear las formas que preceptúa la ley nacional de los mismos, con tal que ésta sea común a todas las partes. Tiene, por consiguiente, acogida en el sistema el principio tradicional *locus regit actum*, que quiere que la forma sea regida por la ley del lugar en que el acto se realiza y el de la autonomía, que consiente el recurrir a la forma determinada por una legislación diversa. El primero funciona como regla y el segundo como derogación de la misma. Y este segundo principio se halla, a su vez, sujeto a una doble limitación; cuando no se siga la forma local, la ley que puede elegirse, es únicamente la nacional, de quien contrata o dispone testamentariamente; y cuando se trata de contrato, es preciso, además, que sea común a ambos contra-

(1) NOTA DEL TRADUCTOR. — Ver el artículo 620 del Código civil español.

(2) Ver Milone, *La regola locus regit actum e l'art. 11 della l. intr. al Cód. civ. germ.* (Studi per Fadda I, página 3 y siguientes); Surville, *La regle locus regit actum et le test.* (Journal de Dr. intern., 1906, páginas 961 y siguientes); Dreyfus *L'acte jurid.* en *Dr. priv. intern.*, París, 1904.

tantes, es decir, precisa que tengan una misma nacionalidad para poder ser eludidas las formas locales (1) (2).

(1) La expresión literal del art. 9 refiriéndose a disponentes y trayentes, pudiera a primera vista inclinar a creer que la cláusula «con tal que ésta sea común a todas las partes» deba extenderse también a los primeros; pero como no puede hablarse de partes si no es en relación a los contratos, sólo a éstos debe referirse la regla.

(2) NOTA DEL TRADUCTOR.—El art. 11 del Código civil español aplica el principio tradicional *locus regit actum*, sin más reserva que la referente a actos autorizados por funcionarios diplomáticos consulares de España en el extranjero.