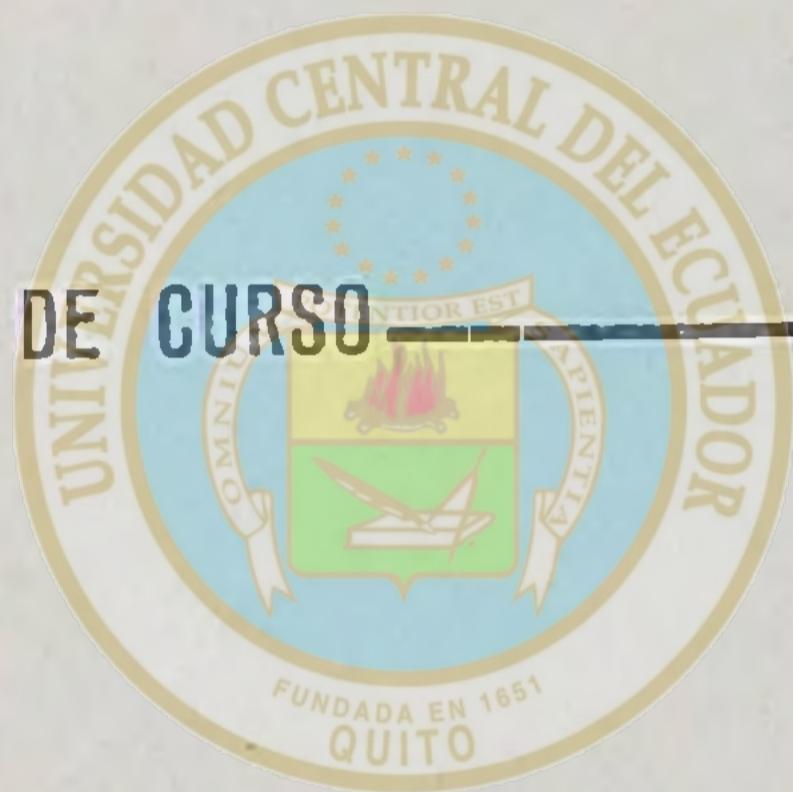


Por el Dr. Carlos Salazar Flor
Profesor de Derecho Internacional Público y
Privado de la Universidad Central

DERECHO CIVIL INTERNACIONAL

GUÍA DE CURSO



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Continuación

CAPITULO IV

LA MATERIA DE LOS CONFLICTOS

EXPLICACION DEL CONTENIDO

La cuestión de los conflictos en el Derecho Civil Internacional, es quizá la más ardua de todas las que integran el contenido de esta ciencia. Necesita, en verdad, detenido análisis crítico de las doctrinas para señalar el valor efectivo de cada una; y se requiere no poco esfuerzo, para metodizar, con alguna lógica, los diversos aspectos relacionados con los conflictos en general.

Es preciso recordar algo de lo que se dijo en el Capítulo I, al tratar de las *Generalidades* de la materia. Se explicó ya que todo un largo proceso histórico - evolutivo de la disciplina que nos ocupa, la vinculó pura y exclusivamente a los *conflictos de leyes*. Aún más, gran número de autores han creido, por ello, que el nombre más adecuado para designarla no podía ser otro que el de *conflictos de leyes*.

El desenvolvimiento científico posterior ha ido lentamente incorporando nuevos aspectos en el panorama del Derecho Civil Internacional. Así se le han agregado cuestiones trascendentales de las que no era posible prescindir, como la condición de los extranjeros, la nacionalidad y el efecto extraterritorial de los derechos adquiridos.

Respecto, pues, a las razones que obligan a no limitar nuestra ciencia a los conflictos, y a las que actúan a favor de la denominación que hemos preferido emplear, quedaron ya suficientemente explicadas y no nos corresponde ahora si no delimitar el contenido del presente Capítulo, ciñéndolo a las necesidades de método y ordenación.

Tomamos en consideración los conflictos, en general, por cuanto autores y tratadistas de valía consideran en sus obras dos clases de conflictos: *los de calificación* y *los de leyes*. En la doctrina y en la práctica, un conflicto de calificaciones no es un conflicto de leyes. Para resolver éste hay que definir aquél; y hubiéramos, por lo mismo, incurrido en un error de relieve si este Capítulo lo hubiéramos limitado a los *conflictos de leyes*.

Además, también se distingue, de ordinario, las doctrinas que suponen *solución general* de conflictos, sin entrar en el análisis particularizado de cada uno de los elementos que integran la relación jurídica, de aquellas otras que, propiamente, son medios particulares de solución y que se derivan del estudio de aquellos elementos.

Para dar cabida a esta distinción que, a nuestro juicio, es muy procedente, estudiamos, después de las calificaciones, los medios generales, determinando las diversas doctrinas al respecto; y en sección aparte, los medios especiales concretados propiamente en los llamados *estatutos*, todo esto, aplicado a las más importantes instituciones del Derecho Civil.

Se ha establecido, además, una separación esencial, sobre todo para América, entre las leyes constitucionales que, como las de nacionalidad, pueden dar lugar a conflictos, y las civiles y comerciales, consecuentemente con lo que se deja establecido en el Capítulo I, en cuanto al contenido de la materia.

PRIMERA SECCION

LAS CALIFICACIONES

SUMARIO: 1.—El concepto de las calificaciones y su extensión. 2.— Conflicto de calificación y conflicto de leyes. 3.—Las doctrinas acerca de la ley aplicable. 4.—La jurisprudencia y los tratados.

1.—EL CONFLICTO DE LAS CALIFICACIONES Y SU EXTENSIÓN.—Según las proyecciones que los autores dan a la teoría de las calificaciones, podemos afirmar que élla es una cuestión previa a la solución misma de los *conflictos de leyes*. La calificación, para emplear un término que dé relieve al problema, es la infraestructura de los conflictos de leyes.

De aquí que sea indispensable determinar el concepto y esclarecer la función compleja que cumplen las calificaciones en el Derecho Civil Internacional.

Sin embargo algunos tratadistas, y entre ellos Pillet, han reducido la importancia del problema, manifestando que son muy raros los casos en que tiene aplicación, en virtud de la relativa conformidad que guardan, en todos los países, las instituciones jurídicas del Derecho Civil.

En cambio, otros como Bartín, ilustre autor que sistematizó y ordenó la doctrina en este capital aspecto de nuestra ciencia, creen que la teoría de las calificaciones afecta o puede afectar a la concepción del método universalista de formación del Derecho Civil Internacional, no por ella misma, dice, sino más todavía por las consecuencias a las que ella conduce por su repercusión sobre todas las teorías fundamentales del Derecho Internacional Privado.

No corresponde considerar ahora, si nuestro derecho no tiene otra realidad de manifestación que las formas nacionales. Al tratar del método se dijo ya que el porvenir del Derecho Civil Internacional dependía del desarrollo que el método doctrinario vaya tomando en el curso de la evolución jurídica. Y, efectivamente, actuando sobre los sistemas dispersos e inconformes de cada legislación, podrá aquél construir una teoría general universalista que busque la armonía y que dé plenas garantías a la necesidad de la creciente compenetra-ción contemporánea.

Esta finalidad de alta valoración no puede obtenerse, en nuestro concepto, sino con la ayuda del método doctrinal, internacionalista y universal. Tal conclusión hace que no consideremos aquí la fuerza o debilidad de los argumentos de quienes sostienen que el Derecho Civil Internacional no tiene más expresión que la que han querido darla las legislaciones de los diversos Estados, haciendo así primar las formas nacionales sobre los principios de carácter internacional.

Mas, si bien es verdad que el método doctrinario aún no ha rendido todos sus beneficios, por cuanto nuestra ciencia es de reciente elaboración, también es verdad que no podemos desconocer la existencia de principios definidos que reobran constantemente sobre el derecho positivo de los diversos pueblos.

El progreso del Derecho Civil Internacional depende, pues, de esta constante acción del principio internacional so-

bre los sistemas nacionales. Mientras más bien construido y formulado sea aquél, mejor vitalización tomará el método doctrinario para llenar su fecunda labor uniformadora.

En el estado actual, quizá la realidad más fuerte corresponda a las formas internacionales del derecho nacional, pero éstas no son ni pueden ser permanentes; están en proceso de evolución hacia un plano más elevado, movidas, precisamente, por la dinámica de la doctrina que logrará dilatar las normas jurídicas hacia los imperativos innegables de la convivencia internacional.

Comprendidas así las cosas, aparece clara la conclusión de Niboyet cuando dice que cada Estado posee su propio Derecho Internacional Privado y, por lo mismo, sus propias *calificaciones* y normas para la solución de los conflictos.

¿Qué debemos entender por calificación? He aquí un aspecto muy importante de definir para lograr la formación exacta del concepto.

Los autores definen la calificación diciendo que élla es la naturaleza jurídica, propia, de una institución cualquiera. Esta idea requiere alguna explicación para librar las investigaciones posteriores de errores o falsas apreciaciones.

Todas las legislaciones utilizan, dentro de su dialéctica, de una serie de términos de especial conceptuación en el derecho positivo: *estado civil, capacidad, persona, sucesión, contratos, forma jurídica*, son algunos ejemplos de dichos términos generalmente empleados.

Ahora bien, dentro de cada legislación, podemos encontrar elementos sistemáticos que nos sirvan de guía para conocer qué es o en qué consiste aquello que el legislador ha denominado *capacidad, estado, contrato, sucesión, etc.*

Calificar una institución no es otra cosa que descubrir los aspectos jurídicos que, conforme al sistema de cada ley, deben corresponder integralmente a la institución de que se trate, o sea, saber qué es lo que corresponde a la *capacidad, al estado, a la sucesión, etc.*

De este modo se puede conocer la calificación de todas las instituciones del Derecho Civil, tal como están reguladas por una legislación cualquiera. El investigador puede aún hacer más, abordando el estudio de las calificaciones en el Derecho Comparado. Llegará, por esta vía, a conocer qué es lo que Francia, Alemania, Italia u otros países han incorporado en la *capacidad, en el estado, en la sucesión, etc.*; y

podrá obtener un balance más o menos completo de calificaciones, para apreciar si hay o no saldo favorable a una aproximada conformidad en cuanto a la naturaleza jurídica de las instituciones.

He aquí expuesto sumariamente el concepto de calificación. Pero lo que interesa es quizás advertir que el estudio de las calificaciones en el Derecho Interno o en el Derecho Comparado, no es propiamente el *problema internacional de las calificaciones*; podrá ayudarlo e ilustrarlo, pero la resolución misma corresponde a otros criterios diversos.

Por lo pronto, nos limitemos a poner unos pocos ejemplos aclaratorios de las ideas que dejamos expuestas.

Dice, por ejemplo, nuestro Código Civil que los ecuatorianos donde quiera que residan o se hallen domiciliados, han de estar sujetos a las leyes de su Patria tocante a capacidad, estado y relaciones de familia.

¿Qué carácter tiene esta norma legislativa? Es indudable que se trata de una ley nacional de proyección internacional, porque supone que el ecuatoriano que ha salido de su país, tiene que someterse a la ley ecuatoriana extraterritorial, en lo referente a ciertas actividades jurídicas que desarrolle en el exterior y que competan al estado, a la capacidad y a las relaciones de familia, *pero siempre que se trate, en realidad, de estos elementos y no de otros*.

Pues bien, en el <sup>ÁREA HISTÓRICA
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL
INTENDIDA PARA LA INVESTIGACIÓN</sup> ejemplo propuesto, tenemos una norma de solución de conflictos de leyes, porque hemos dicho que cada legislación tiene su propio sistema de Derecho Civil Internacional y, por lo mismo, sus propias calificaciones y sus propias normas de conflictos.

La norma de conflicto en cuestión se aplicará siempre que el asunto que el ecuatoriano motive en el exterior, verse sobre capacidad, sobre estado o sobre relaciones de familia; pero para aplicar la norma de conflicto es indispensable resolver, de modo previo, que en realidad el aspecto jurídico concreto es de capacidad, de estado, etc. Si esto no se declara previamente no tendrá como aplicarse la norma de conflicto de que se trate.

Aquí surge el aspecto internacional de las calificaciones; y es en este momento en que cabe preguntar a quién le corresponde hacer esta declaratoria previa, o sea, a quién le corresponde hacer la calificación.

No es, pues, lo mismo decir: se aplicará la ley ecuatoriana en el extranjero siempre que se trate de la capacidad (hasta aquí sólo norma de conflicto), que decir: ¿quién debe definir el asunto concreto como de capacidad, para que así surja la aplicación legítima de la norma de conflicto ecuatoriano? (aquí se trata ya de calificación).

Aún más, el problema así planteado no se atenúa por el hecho de que dos legislaciones tengan iguales normas en materia de conflictos de leyes.

Supongamos dos legislaciones que admiten ambas las siguientes normas de conflictos: *La capacidad se regula por la ley nacional de las partes; la forma de los actos se somete a la ley del lugar de la celebración.* Hay aquí uniformidad en cuanto a la ley aplicable, como dice Niboyet, pero esta uniformidad no quiere decir resolución del problema porque queda precisamente lo más grave de la cuestión por esclarecerse.

Efectivamente, partiendo del supuesto de la conformidad en las normas de conflicto y sabiendo, como sabemos ya, que los dos países están de acuerdo en que la capacidad se regule por la ley nacional y la forma de los actos, por la ley del lugar en que se celebran, puede, sin embargo, quedar en pie la más absoluta disconformidad en cuanto al contenido jurídico de los términos *forma y capacidad*, ya que en la realidad de las cosas, hay legislaciones que incluyen en la forma, elementos que otras incluyen en la capacidad.

Tal aspecto se presenta si se comparan dos leyes diversas, de las cuales, la una incorpora en la materia formal extrínseca de los actos, lo relacionado con la forma del testamento ológrafo; y la otra, coloca esto mismo en el contenido jurídico de la capacidad.

Aquí aparece un conflicto en que no se discute la ley de aplicación, sino la naturaleza específica de las instituciones llamadas *forma y capacidad*. Se presenta así la necesidad de establecer cuál ley debe hacer la calificación, asomando ya de bulto la complejidad internacional del problema.

Lo dicho nos parece suficiente para formar el concepto de las calificaciones y el papel que éstas juegan en el Derecho Civil Internacional.

Con respecto a la extensión que puede tener la teoría de las calificaciones, el profesor Bartín la considera de un carác-

ter absolutamente general, ya que pueden ser afectadas por élla todas las instituciones del Derecho Privado.

Según este parecer, sería, pues, un tanto equívocado el sostener que sólo hay conflictos de calificación, en razón de la necesidad de determinar la naturaleza específica de las instituciones jurídicas.

Bartin, en un importante estudio titulado: «*La doctrina de las calificaciones y sus relaciones con el carácter nacional de los conflictos de leyes*», dice que si la competencia de una jurisdicción cualquiera está determinada, aún para los litigios de carácter internacional, por la ley del Estado en nombre del cual esta jurisdicción administra justicia, es claro, añade, que los elementos de hecho de los que la competencia de esta jurisdicción depende, no pueden jamás ser jurídicamente definidos más que por la ley de este Estado, esto es, por la ley del Estado en nombre del cual esa jurisdicción administra justicia; y puede también concluirse, por lo mismo, que esos elementos de hecho estén definidos de un modo totalmente diferente por la legislación de otro Estado, cuyas jurisdicciones estarían, por ello, llamadas a conocer del mismo litigio. El conflicto, pues, reaparece como un verdadero conflicto de calificaciones.

Cita, al efecto, el Art. 420 del Código de Procedimiento Civil francés que determina, en materia de comercio, que el tribunal del lugar en que se ha realizado la promesa, es el competente para conocer del litigio a que puede dar lugar la inejecución de la promesa. El mismo artículo establece, además, la competencia del juez del lugar de la entrega y la del tribunal del lugar del pago.

Según el profesor citado, los términos: *lugar de la promesa*, *lugar de la entrega* o *lugar del pago*, son elementos de hecho cuyo alcance puede variar y varía de legislación a legislación, presentándose así el problema de saber, por ejemplo, cuando se ha de entender que la promesa ha sido hecha en Francia, o cuándo en el Ecuador.

Aquí no hay propiamente conflicto de calificación de instituciones, sino conflicto de calificación de los elementos de hecho que sirven para determinar la competencia judicial.

Lo que se ha indicado, prueba suficientemente el punto de vista de Bartin, cuando sostiene que el problema de las

calificaciones tiene una generalidad y una extensión tan apreciables que puede afectar a todas las instituciones de derecho privado.



2.—CONFLICTO DE CALIFICACIÓN Y CONFLICTO DE LEYES.
Poco tenemos que añadir para señalar la diferencia entre el conflicto de calificación y el conflicto de leyes.

Se sienta, al respecto, una regla bastante clara cuando se dice que así como todos los países tienen sus normas propias de solución de conflictos de leyes, poseen también sus propias calificaciones. Corresponde solamente distinguir unas de otras.

Weiss, refiriéndose a los conflictos de leyes dice, en su «*Manual de Derecho Internacional Privado*»: «La solución racional de esta cuestión, depende de las bases sobre las cuales se haga reposar principalmente la soberanía de la ley. Estas bases son, por una parte, el territorio en el cual ejerce su dominio el Estado; y por la otra, ciertas relaciones personales que reunen bajo su autoridad un número más o menos grande de individuos. La ley tiene, pues, dos soberanías diversas; una soberanía territorial y una soberanía personal; una que gobierna el suelo y otra a las personas. Cuando ambas soberanías entran en oposición en un territorio, a propósito de un interés privado, entonces y solamente entonces habrá conflicto de leyes y se dirá que debe prevalecer la legislación territorial o la legislación personal, según se atribuya la preponderancia a la una o a la otra. Territorialidad y personalidad: tales son los dos polos entre los cuales oscilan todos los sistemas propuestos por los autores, a fin de determinar qué ley debe regir una relación jurídica dada».

No nos parece adecuado admitir que la ley que dicta un Estado tenga dos soberanías diversas. La soberanía de que procede la ley es una sola, porque uno solo es el poder del Estado que la dicta.

Lo que hay verdaderamente en el fondo de esta cuestión es que la ley que procede de una sola soberanía política, puede tener y tiene diversa naturaleza y alcance. Así, por ejemplo, la ley que se dicta para que se aplique dentro de los

límites de una circunscripción territorial y que se ha de aplicar por igual a cuantos residan en esa circunscripción, sean nacionales o extranjeros, será siempre una ley real y nada más. En ella no cabe otra naturaleza posible; su alcance es preciso, y no se podrá descubrir jamás en una ley esencialmente real algún aspecto de aplicación extraterritorial porque de admitir lo contrario se volvería a plantear la caprichosa interpretación de los estatutarios, quienes después de haber descubierto en una ley el carácter real, supongamos, lo alteraban a fuerza de razonamientos, y según las circunstancias, para hacerla funcionar como ley personal, de carácter extraterritorial.

Una misma ley no puede tener dos soberanías y dos caracteres. Pero una misma legislación puede estar integrada por leyes de naturaleza personal y de naturaleza real. Esto es muy distinto, sin que haya inconveniente, lógico ni jurídico, para sostener esta solución.

Con esto no queremos decir que ambas clases de leyes no den lugar a problemas internacionales. Al contrario, pueden presentarse estos problemas tanto con las leyes personales como con las leyes reales y de la apreciación de este asunto depende la exacta conceptuación de los conflictos de leyes.

Pongamos como ejemplo las disposiciones referentes a la capacidad de las personas. Ellas provienen de la sola soberanía de un Estado determinado, son extraterritoriales porque se aplican a los súbditos del Estado, donde quiera que éstos se encuentren; pero si prescindimos del orden jurídico interno y nos concretamos a lo internacional, es claro que siendo esas disposiciones extraterritoriales para los súbditos del Estado no pueden ser territoriales con respecto a los extranjeros, porque éstos también invocarán la extraterritorialidad de sus leyes personales sobre capacidad. Para los nacionales de origen, supongamos ecuatorianos, la ley sobre capacidad puede ser territorial y extraterritorial, pero en diversos momentos de acción y para un mismo individuo. El ecuatoriano que contrate en el Ecuador probará su capacidad según la ley ecuatoriana. En este caso, y forzando un tanto los conceptos, podemos decir que la ley personal es territorial; pero si el mismo ecuatoriano va a contratar en Francia, la ley ecuatoriana sobre capacidad será extraterritorial. En el primer aspecto, no hay proyección internacional de la ley

ecuatoriana; en el segundo, sí la hay, y es del caso atenerse a esa proyección para dilucidar acerca del carácter permanente y definitivo de las leyes. Tomando en consideración este punto de vista, claro es, la ley sobre capacidad será siempre extraterritorial; y territorial, en muy raros casos de excepción, como aquellos en que la ley personal es desconocida o primitiva, de tal modo que no pueda ser considerada como una ley verdadera.

El profesor Pillet al desarrollar su teoría sobre el efecto útil de la ley y tomar como directiva de aplicación la del menor sacrificio, no se inclina a aceptar como coexistentes en una misma ley y dentro del orden internacional, los de caracteres contrapuestos de la personalidad y la realidad, que son para Weiss las dos soberanías que, en su concepto, atribuye a las leyes.

Con lo expuesto fácil es determinar el campo de los conflictos de leyes y diferenciarlo de las calificaciones. Podemos, en consecuencia, partir de las siguientes hipótesis:

1.^a *Igualdad de calificaciones e iguales normas de conflicto.* Ejemplo: vamos a suponer el caso de un ecuatoriano que celebra un contrato de compra-venta en Francia. Partimos también de la base de que tanto el Ecuador como Francia establecen las siguientes normas: la capacidad se regula por la ley nacional y la forma de los actos, por la ley del lugar en que éstos se celebren. Aún más, en el caso contemplado suponemos que tanto Ecuador como Francia poseen las mismas calificaciones en materia de capacidad y de forma, es decir que incorporan en estas instituciones los mismos elementos jurídicos y que entienden de la misma manera lo que es capacidad y lo que es forma.

Planteado así el asunto, tenemos, pues, igualdad de calificaciones e igualdad de normas de conflicto. En tal virtud, el ecuatoriano comprobará su capacidad de obligarse conforme a su ley y el funcionario francés ante quién se celebre el contrato aplicará la ley francesa en todo aquello que pertenezca a la forma extrínseca del contrato.

Se trata aquí únicamente de la normal aplicación internacional de las leyes. El juez francés aplica la ley ecuatoriana, extraterritorial, y aplica también la suya propia, sin más inconveniente. En esta primera hipótesis hemos descubierto una situación especial en la que los autores no han insistido suficientemente y que nos conduce a la siguiente conclusión: *En los casos en que dos países posean iguales ca-*

lificaciones e iguales normas de conflictos, se trata simplemente de la aplicación normal de leyes territoriales o extraterritoriales, diferenciadas así, de un Estado con respecto a otro, pero no propiamente de un conflicto de leyes en su sentido preciso.

2.ª Igualdad de normas de conflicto entre dos países, pero desiguales calificaciones.

En este caso no se presentan los mismos elementos que en el anterior y se requiere, por lo tanto, un poco más de investigación.

Pongamos un ejemplo análogo en cuanto a la igualdad de normas de conflicto entre Italia y Ecuador, tocante a la capacidad y tocante a la forma, pero admitamos, refiriéndonos al matrimonio, por ejemplo, que la ley italiana prohíba el matrimonio civil y que la ecuatoriana, lo acepta, como en realidad lo acepta.

Para poder aplicar la ley de la forma del contrato matrimonial en el caso de un italiano que contrae matrimonio en el Ecuador, necesitamos ante todo, precisar qué es el fondo y la forma del matrimonio; y saber también si la prohibición de la ley italiana de contraer matrimonio civil corresponde al fondo (capacidad) o a la forma. Si corresponde al fondo habrá que aplicar la ley nacional del contrayente, pero si corresponde a la forma, habrá que aplicar la ley ecuatoriana por ser ley de la celebración del contrato.

He aquí cómo para determinar la ley que ha de solucionar un conflicto, es indispensable hacer, previamente, la calificación; y nada importa que tengamos iguales normas de conflicto porque la ley aplicable dependerá siempre de la calificación de las instituciones jurídicas.

Avanzando un poco más en esta materia un tanto compleja, diremos también que la calificación puede desvirtuar la naturaleza de la norma de conflicto contenida en una legislación. Si un legislador, supongamos el ecuatoriano, ha querido que todo lo relacionado con la capacidad de los ecuatorianos en el extranjero se regule por la ley ecuatoriana, habrán casos en que, aún existiendo de modo taxativo en dos legislaciones cualesquiera las mismas normas de conflicto, sea, sin embargo, la ley del juez que conoce del asunto la que tenga que apreciar si se ha de aplicar la ley ecuatoriana o la ley en cuyo nombre administra justicia.

Aplicará la ley ecuatoriana si el asunto de que se trata es en realidad de capacidad; pero para saber si se trata efec-

tivamente de capacidad, habrá de vacilar entre recurrir a la misma ley ecuatoriana o a su propia ley. Si recurre a la ley ecuatoriana para la calificación será esta ley norma calificadora y norma de conflicto; pero si recurre a su ley para la calificación, será ésta la que dé la ley que debe aplicarse a la solución.

En la hipótesis de que tratamos, pues, el conflicto de calificaciones puede dar lugar al conflicto de leyes, aún partiendo de la igualdad de normas de colisión. Baste admitir que el juez extranjero aplique su ley para resolver la calificación; y si según ésta, la cuestión resulta de forma y no de capacidad, es indudable que la aplicación de una ley que zanja el conflicto y que no estuvo prevista en la legislación que trazó la norma de colisión, propiamente no resuelve en definitiva ningún conflicto, sino que recién lo hace nacer, ya que entonces, frente a la ley aplicada, se invocará otra con más o menos fundamentado título.

3^a. *Desiguales normas de conflicto y desiguales calificaciones.*

Este supuesto es mayormente complejo. Dos países entienden como normas de colisión, supongamos, una ley de diverso sistema para la solución. Por ejemplo el país A dice: «la sucesión se regula por la ley nacional del causa-habiente»; y el país B: «la sucesión se regula por la ley del domicilio».

Estas dos disposiciones son dos normas diversas de conflicto; pero para situarnos dentro de la hipótesis que queremos investigar, partimos, además, de la base de que el país A incorpora en la sucesión, como acto *mortis causa*, la donación de bienes futuros; y el país B entiende que esa donación es ganancial matrimonial.

Nótese bien que las mismas dificultades se presentarían aunque haya igualdad de normas de colisión, o sea, cuando los países A y B dijeran en sus legislaciones que la sucesión se regula o sólo por la ley de la nacionalidad o sólo por la ley del domicilio.

Un nacional del país A que fallece teniendo su domicilio en el país B, ocasionaría necesariamente un conflicto de leyes, porque aplicada la ley de este último país, podría invocarse el estatuto personal del país A para alejar los efectos jurídicos de la ley domiciliaria. Pero nada de esto podría tratarse en tanto no se califique, previamente, la donación de

los bienes futuros, porque el cónyuge del fallecido la reclamaría, pongamos por caso, como dentro de la sucesión misma; y los jueces del país B, si se prefiriera la *lex fori* para la calificación, sostuvieran que la donación de bienes futuros es ganancial matrimonial sometido a una diversa regulación jurídica que la de la sucesión.

En el ejemplo propuesto hay conflicto de calificación y conflicto de leyes, y aunque no se insistiera en la oposición de los sistemas que rigen la sucesión (nacionalidad y domicilio) quedaría por resolverse el cómo determinar la naturaleza de la donación de bienes futuros y de saber, además, por cuál ley debe hacerse esa determinación.

Por los casos indicados puede ya colegirse el distinto alcance que tiene el conflicto de calificación, con respecto al conflicto de leyes. La cuestión está en analizar las teorías propuestas por los autores, con un sentido jurídico tal que no permita menoscabar la soberanía de las leyes y escoger aquella (teoría) que aparezca más compatible con la autoridad del Derecho concretado por la legislación de un país y con el alcance justo que debe tener la administración de justicia realizada por los jueces de otro.

De no perseguir esta justísima aspiración se corre el riesgo de encerrarse en el *círculo vicioso* a que se han referido con razón los autores desde Bartín hasta los de nuestros días. Porque efectivamente ~~si para resolver~~ un conflicto hay que hacer una calificación previa, haciendo depender de ésta la norma de colisión aplicable, ninguna norma de conflicto legislada por un país tendrá derecho a actuar, en tanto la calificación no precise dos cosas: *cuándo debe actuar una norma de colisión y qué norma de colisión es la que debe actuar en tal o cual caso concreto*.

En síntesis, la calificación resuelve la naturaleza de una institución jurídica cualquiera y es el resorte que moviliza la regla de colisión aplicable al conflicto de leyes.

Podríamos, gráficamente, concebir un pequeño tablero con varios botones que representarían las reglas legisladas para la solución de los conflictos de leyes. Bajo el tablero habría un mecanismo oculto y un tanto complicado que accionaría en presencia de las calificaciones, constituyendo éstas la energía operadora. Pues bien, accionando la pequeña maquinaria que imaginamos, tendríamos en su infraestructura una laboriosa actividad que sería la solución y arreglo de las

calificaciones que una vez terminadas descargarian automáticamente, por el tablero visible, uno de sus botones indicando ya, clara y nítidamente, la ley que debe aplicarse al conflicto.

La calificación es, pues, la aguja indicadora que señala una norma de conflicto, su derecho y oportunidad para actuar dentro del ejercicio práctico de la actividad jurídica internacional.

3.—LAS DOCTRINAS ACERCA DE LA LEY APLICABLE.— Para conocer con alguna información el proceso por el que ha ido atravesando la cuestión de las calificaciones, dentro de la evolución del Derecho Civil Internacional, conviene que, antes de analizar las teorías acerca de la ley aplicable, señalemos siquiera sumariamente el pensamiento de algunos autores.

En lo que se relaciona con la debatida cuestión que nos ocupa, Niboyet, en las notas insertas en su obra «Principios de Derecho Internacional Privado» (de la selección del Manual de Pillet y Niboyet) hace constar que el problema de las calificaciones fue tratado y conocido por los tribunales, aún antes de la Revolución Francesa, según se ha podido conocer estudiando detenidamente las «Memorias» de Froland.

Efectivamente, si bien podemos asegurar que fueron los tribunales los que se ocuparon originariamente de este punto, dentro de la práctica del Derecho, en cambio, también es verdad que jamás supusieron que había que crear una doctrina especial ni menos emprendieron en esa labor. Ningún fallo antiguo habla de *calificación* en el sentido que a este término da la doctrina moderna. Y sólo muy posteriormente (1897, con Bartin) empieza esta materia a inquietar la mente de los autores hasta tomar poco a poco un considerable desarrollo y hacer cambiar totalmente el pensamiento de tratadistas que restaron en un comienzo toda importancia a la cuestión.

Sin embargo, algunos autores han mantenido su punto de vista original encaminado a probar la escasa utilidad de las calificaciones en el Derecho Civil Internacional.

Dieno en sus «*Principios de Derecho Internacional*», explica así la importancia de este problema:

..... «Como quiera que sea, a la llamada teoría de las calificaciones no hay necesidad de dedicarle largas discusiones e investigaciones, porque se trata de una teoría de la que puede prescindir el que estudia los principios fundamentales del Derecho Internacional Privado, como aquella que daría lugar a inútiles complicaciones sin ser susceptible después de producir serios e importantes efectos en la aplicación de aquellos principios».

Trias igualmente opinó que se exageraba demasiado la magnitud del conflicto de calificaciones, pero hacía notar que la calificación aparecía teóricamente como cuestión preliminar al objetivo propio del Derecho Internacional Privado.

Pillet, en sus «*Principios de Derecho Internacional Privado*», expone que los conflictos de calificaciones son muy raros y poco importantes. En la página 42 del Tomo II, dice lo que sigue:

«Nos basta como prueba (de la poca frecuencia de las calificaciones) la paridad entre las instituciones jurídicas de los diversos países. Que se comparen dos sociedades en una misma época y se notará entonces tras la diversidad de reglas de Derecho, la semejanza casi perfecta de las instituciones jurídicas. Con frecuencia son las mismas palabras y casi siempre las mismas cosas. No quiere esto decir que no se descubran entre las diversas legislaciones numerosas divergencias de detalle, pero afectan mucho menos a la naturaleza de las instituciones que a su reglamentación».

Pero el autor francés citado dándose cuenta del enorme desarrollo que tomaba el problema en la doctrina y en la jurisprudencia hubo, posteriormente, de variar de criterio; y en el *Manual* escrito en cooperación con Niboyet, admite categóricamente que la solución de un conflicto de leyes, implica, previamente, la solución de un conflicto de calificaciones y que los conflictos de esta índole son, a la hora actual, más importantes que los conflictos de leyes.

Por nuestra parte, nos afirmamos en la importancia de las calificaciones; y los pocos ejemplos consignados ponen de manifiesto su compleja proyección y justifican el que las consideremos dentro de este capítulo.

Antes de estudiar las doctrinas que se han propugnado, con miras a resolver el problema de las calificaciones, debemos insistir un tanto en sus alcances mismos.

Al efecto encontramos muy acertado el punto de vista explicativo de Federico Castro en un importante estudio titulado: *La Cuestión de las Calificaciones en el Derecho Internacional Privado* (Revista de Derecho Privado.—Madrid. Julio-Agosto, 1933).

Dicho profesor dice así: «Toda norma de Derecho Internacional Privado, consta fundamentalmente de estas partes: situación de hecho presupuesta, elemento de conexión que indique el derecho aplicable, y —en su caso— la legislación extranjera aplicable.....».

Así, por ejemplo, si según el artículo 14 de nuestro Código Civil, el estado, la capacidad y las relaciones de familia de los ecuatorianos se regulan por la ley nacional de éstos donde quiera que residan o se hallen domiciliados, simplemente se quiere expresar que una situación de hecho, la relación de paternidad, demos por caso, deberá someterse al principio de la ley nacional.

De modo que, respecto de todas estas posibilidades, se presenta la necesidad de hacer una calificación, siendo del caso determinar, como lo dice Federico de Castro: 1.º—Qué situaciones de hecho son las que el legislador ha incorporado en la norma, o sea, *que es lo que se quiere decir cuando se habla de derechos de familia, de patria potestad, de parentesco, etc.*; 2.º—Qué o cuál ordenamiento jurídico será el que nos debe dar el contenido preciso de estas instituciones; y, 3º.—Qué parte de la ley extranjera será aplicable.

Explicando estos tres elementos fundamentales, diremos, tocante al primero: ¿las situaciones de hecho incorporadas en una norma y que suponen concepto o apreciación de instituciones jurídicas como las ya indicadas, deben resolverse por la ley que legisla esas situaciones o por alguna otra ley? A esto responde el segundo elemento: ¿qué o cual ordenamiento jurídico será el que nos de el contenido exacto de las instituciones o sea, si será más efectivo el ordenamiento jurídico del juez que conoce del asunto —*lex fori*— o el de la ley extranjera? Por fin, aceptado en forma provisional como competente el ordenamiento de la *lex fori*, queda todavía por averiguar en qué parte de la cuestión, y en qué extensión, accionaría la ley extranjera.

En consecuencia, si tomamos en cuenta la diferencia sustentada por Khan, de las normas legislativas en normas materiales y normas de colisión, y si no olvidamos, además, del papel de la norma extranjera acogida, son posibles tres soluciones principales:

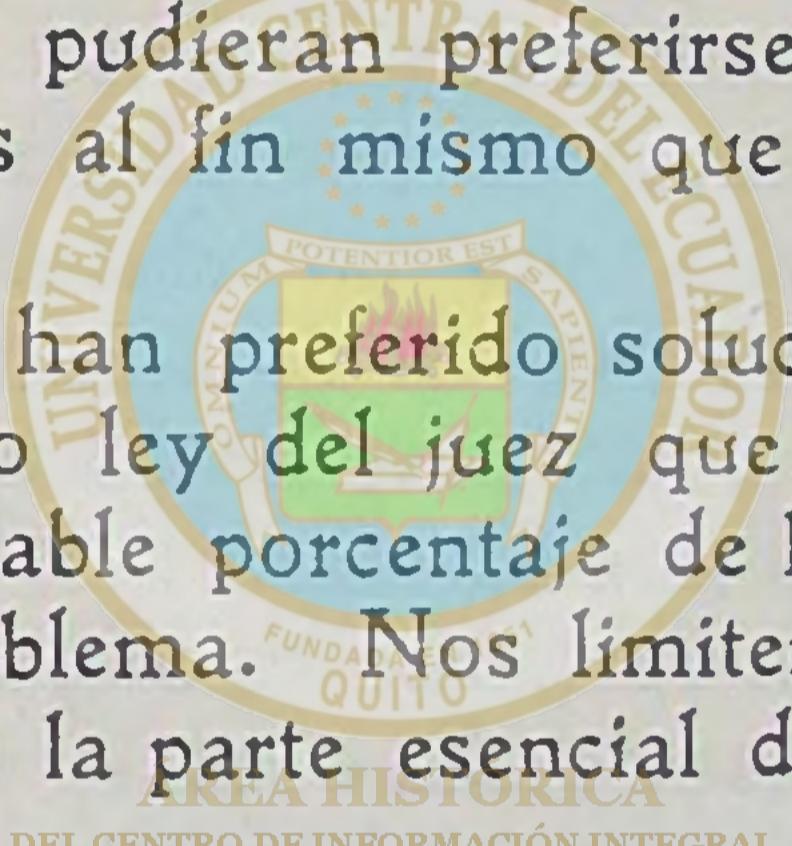
1.^a—Que la calificación dé la *lex fori*, comprendiéndose en esto sólo la ley material;

2.^a—Que la calificación la de la misma ley extranjera remitida; y

3.^o—Que la calificación surja de la norma de Derecho Internacional Privado.

Podemos decir que dentro de los tres aspectos citados se han desarrollado todas las doctrinas que se orientan a solucionar el problema de las calificaciones. Hay partidarios de cada una de las tres direcciones; y nuestra labor precisamente consistirá en juzgarlas con atención, observando cuáles elementos favorables pudieran preferirse y qué otros rechazarse como contrarios al fin mismo que persigue el Derecho Civil Internacional.

Los autores que han preferido solucionar las calificaciones por la *lex fori*, o ley del juez que conoce del asunto, representan un apreciable porcentaje de los tratadistas que se han ocupado del problema. Nos limitemos solamente a los principales, indicando la parte esencial de cada teoría.



DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

DOCTRINA DE FRANZ KHAN.—Este autor concreta y distingue tres clases de colisiones: 1.^a Colisiones que resultan propiamente de la diversidad de leyes entre los distintos países; 2.^a Colisiones que resultan de la divergencia entre los conceptos de conexión contenidos en las normas de Derecho Internacional Privado; 3.^a Colisiones latentes, llamadas así por Khan a las que se originan no de la diversidad de las reglas territoriales de Derecho Internacional Privado, sino de la distinta naturaleza territorial de las relaciones jurídicas.

En las colisiones de la 2.^a y 3.^a clase se presentan, de preferencia, los conflictos de calificación. En las de la 2.^a las palabras: *conceptos de conexión* deben entenderse como significando la diversa conceptuación que cada país dá a determinadas instituciones. Así, por ejemplo, pueden dos países utilizar los mismos términos para significar las relaciones de familia, la sucesión, la donación, etc.; pero los dos países pueden no estar de acuerdo en cuanto al contenido jurídico

mismo de esas instituciones. La diversa apreciación engendra también diversos *conceptos de conexión*.

Las conexiones latentes son las que más dificultades pueden ofrecer. Khan, sosteniendo que la prueba de las reglas del derecho extranjero no debe extenderse sino hasta el punto de saber, si según su esencia, caen o no bajo las normas encontradas de Derecho Internacional Privado, se ve obligado a diferenciar entre el *hallazgo* de la norma y la *aplicación* de la misma. Para *hallar* la norma, dice, es menester probar el ordenamiento jurídico interno, el sentido y naturaleza de nuestras normas jurídicas. Para *aplicar* la norma hay que recurrir a la naturaleza y sentido de las correspondientes disposiciones extranjeras.

Khan propugna el imperio de la *lex fori*, para las calificaciones. Pero el autor citado no deja de establecer excepciones cuando sostiene que el derecho extranjero debe tener también su aplicación, cuando encarna en una relación jurídica, cuyo contenido sea idéntico al que tiene en la legislación del juez, bastando que la relación jurídica extranjera exista en la legislación interna *in abstracto*, no *in concreto*.

Resumiendo, en postulados sintéticos, diremos que Khan llega a las siguientes conclusiones:

1.^a—La situación de hecho es una relación jurídica existente cuya reglamentación debe estar dada por el Derecho Internacional Privado.

2.^a—Los medios de conexión (diversa conceptuación de las instituciones, calificación o conceptos axiomáticos) deben someterse a la *lex fori* (ley del juez) para que ella precise su alcance y contenido.

3.^a—A la relación jurídica existente se aplicará la ley extranjera, siempre que aquélla se refiera a una situación de idéntico contenido dentro de la legislación interna.

4.^a—Siempre que haya de aplicarse la ley extranjera a la relación jurídica dada, habrá que aplicarse en la parte que se refiere a la misma relación, pero comprendiéndola (la parte) en su totalidad.

DOCTRINA DE BARTIN.—Corresponde a este autor el mérito de haber incorporado a la doctrina jurídica la cuestión de las calificaciones, no solamente innovándola en cuanto al nombre, sino aún más, dotándola de un relieve tan sobresaliente que por su interés, sistematización y contornos

jurídicos, ha logrado inquietar la atención de numerosos autores que, desde entonces, hubieron de dedicarse preferentemente a amplias investigaciones en esta difícil materia de nuestra ciencia. Con razón se ha dicho que Bartin es el creador de la *teoría de las calificaciones*.

Observa este autor que, aún partiendo del supuesto de que pudieran existir en las legislaciones de los diferentes Estados, normas idénticas de Derecho Internacional Privado, sería todavía difícil una solución racional de los conflictos de leyes, porque la gravedad del problema aparecería de bullo, al tratar de aplicar esas normas a los casos concretos.

La aplicación normal se estrellaría ante el muro de la cuestión calificadora, ya que la calificación es, en sí misma, la delimitación del carácter nacional específico que tienen todas las instituciones jurídicas.

Bartín elabora un concepto del Derecho Internacional Privado, fundándose en el análisis de la soberanía del Estado. La aplicación de una ley extranjera implica, dice, una limitación de la soberanía, en principio, absoluta. El Estado interesado en consentir la aplicación de leyes extranjeras lo hace calculando quizá el grado de restricciones a las que está condenado el imperio de sus propias leyes. No tiene más base de cálculo aproximativo que el concepto que él mismo se ha formado de determinada institución jurídica.

Aclaremos este aspecto: suponemos que el Ecuador restringe la soberanía de sus propias leyes cuando permite a los extranjeros invocar las suyas en materia de capacidad, pongamos por caso. El Ecuador, al aceptar en su territorio la aplicación de una ley extranjera sobre capacidad, resta su propia soberanía, pero la resta habiéndose dado cuenta, previamente, del contenido, extensión, proyecciones, etc., de la institución jurídica denominada *capacidad*; y porque, además, conoce que la misma labor habrá tenido que ejercitar cualquier otro Estado para consentir, sobre su territorio, la aplicación de una ley ecuatoriana sobre capacidad; y porque el Ecuador tiene interés especial en que las leyes que él dicta acerca de capacidad, sigan extraterritorialmente a los ecuatorianos a donde quiera que ellos se trasladen.

Según Bartin no es admisible que un Estado entienda confiar a la ley extranjera el cuidado de discernir acerca de los diversos aspectos que, comprendidos en la institución de

que se trata, y calificados por aquél, corren el riesgo de ser alterados, al someter esa institución a la ley extranjera.

Por ello indica que cuando un Estado entiende someter una determinada institución y las relaciones jurídicas que le son propias, a una ley de soberanía extraña, es porque está implícitamente refiriéndose a la noción que dicho Estado se ha formado de esa institución y de sus relaciones jurídicas.

Bartin, en un comienzo, hizo varias excepciones a la *lex fori*, pero posteriormente incorporó casi todas ellas a la regla general, excepto en aquellos casos en los que según esta misma ley (*lex fori*) la institución de que se trate, dependa de una ley extranjera, porque en tal situación, la *lex fori* ha querido desentenderse de la calificación confiándola a dicha ley extranjera.

Bartin admite como excepción fundamental la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles, la cual debe regularse por la *lex rei sitae*. Pero habrán necesariamente casos en los que la *lex fori*, sea a la vez la *lex rei sitae*, sobre todo, cuando el juez que conoce del asunto, como se observa de ordinario, sea el juez de la situación de los bienes. Cabría, por lo mismo, averiguar cuándo la ley de la situación es distinta de la *lex fori*, y una vez determinados claramente todos los efectos posibles, señalar a la ley de la situación como competente para imponerse en materia de clasificación de los bienes.

Supongamos, entonces, que, conforme al país X, los valores de Banco sean considerados como bienes inmuebles y que el tenedor de una acción intente hipotecarla en un país cuyas leyes califiquen estos valores como bienes muebles no susceptibles, por lo mismo, de hipoteca. Se dice que para este caso hay que preferir la *lex rei sitae*, pero como la acción está en poder del tenedor, la ley de la situación podría variar a voluntad sin poder precisarse, por esta causa, los casos en que la *lex rei sitae* ha de ser excepción de la *lex fori*. Podríamos admitir que la ley que prevalece debe ser la ley que ha hecho la clasificación, pero habría un error de concepto al afirmar que la ley de la clasificación sea *ley de la situación*, en su sentido exacto.

A parte de esto, quizá estaríamos en presencia de otra dificultad como sería la de calificar qué debe entenderse por *ley de la situación*. Según sea la calificación habría que concretar la ley aplicable al caso, sin que se pueda admitir, desde

ya, el imperio irrestringido de la *lex rei sitae*, según la general acepción que suelen darla todos los tratadistas.

Todo esto demuestra, en nuestro concepto, la dificultad jurídica de señalar principios definitivos generalizando reglas que pueden mantenerse o variar según los casos que se presenten. Como nuestro empeño —puramente doctrinario— no es otro que el anotar las teorías acerca de la ley competente para las calificaciones, concluimos que hasta aquí se ha señalado la preferencia por la *lex fori*, en los estudios de Khan y Bartín.

DOCTRINA DE NIBOYET.—Manifiesta este autor que, según su criterio, solamente la *lex fori* debe ser consultada para fijar la calificación.

Funda sus conclusiones en dos argumentos: uno de orden práctico, otro de carácter técnico. El primero lo explica refiriéndose al testamento de los súbditos holandeses. Hace notar que tanto la ley francesa como la holandesa, mantienen las mismas reglas, o sea: *para la forma de los actos, la ley de la celebración; para la capacidad, la ley nacional*.

¿Cómo precisar la ley competente sin fijar, de modo previo, la calificación? Niboyet concluye que hay que aplicar la *lex fori*, porque es *materialmente imposible proceder de otro modo*.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

El argumento de orden teórico o jurídico lo establece partiendo del criterio de que sólo al poder soberano de cada país le corresponde determinar las reglas de Derecho Internacional Privado. ¿Cómo, entonces, dice, reconocer a ese poder soberano la facultad de hacer Derecho Internacional y negarle el poder de decir *para quien hace ese Derecho Internacional?*

La operación de resolver un conflicto de leyes demanda, añade, dos operaciones: dar una definición, hacer una clasificación. Definir es calificar; clasificar es encontrar la ley competente. Por ello, seguir una ley que no sea la *lex fori* es tan grave como admitir la *remisión* (reenvío), advirtiéndose que en el fondo mismo de este difícil problema ha logrado deslizarse el de las calificaciones. El vínculo entre la calificación y la remisión demuestra hasta qué punto tiene importancia la idea de la soberanía.

Siendo, pues, las calificaciones parte integrante del sistema de los conflictos de leyes, una razón jurídica hace que se adopte la competencia de la *lex fori*.

Niboyet no admite la excepción de Bartin de preferir la *lex rei sitae* para la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles. Esta clasificación la somete a la misma *lex fori* ya que, siendo necesaria para descubrir la ley competente, hace parte del sistema de Derecho Internacional.

«Si el juez americano, dice, estima que debe someter una sucesión mobiliaria a la ley del domicilio, es a él a quien corresponde decir lo que entiende por bien mueble. Si deja esa determinación al cuidado del juez del lugar de la situación, abdica, a favor del mismo, la facultad de fijar los límites dentro de los cuales se aplicará tal o cual ley. Basta con que en el país de la situación se consideren como inmuebles bienes que en América se consideran como muebles, para que la solución del conflicto de leyes quede completamente falsada».

Admite Niboyet la excepción fundada en el principio de la autonomía de la voluntad. Como veremos más adelante, esta célebre doctrina del jurisconsulto Dumoulin tiende a dejar a las partes libertad plena para estatuir acerca de determinados aspectos contenidos dentro del derecho dispositivo. Niboyet dice al respecto: «De modo que, cada vez que se trate de una materia facultativa las partes pueden determinar, no sólo la ley que regirá el contrato, sino también la calificación necesaria para determinar esta ley».

Cita los antecedentes de una sentencia dictada en Francia referente a un contrato de seguro entre personas sometidas a la ley francesa y a la ley prusiana. Las partes habían estipulado que aceptarían la ley del lugar de la ejecución y conforme a la ley prusiana este lugar era el domicilio de la compañía aseguradora; según la ley francesa, era el domicilio del asegurado.

Explica que la sentencia no intentó, en lo mínimo, aplicar la *lex fori* sino que tuvo en cuenta el convenio mismo para encontrar en él la intención de los contratantes.

La segunda excepción sustentada por Niboyet se deriva del Art. 999 del Código Civil francés, al declarar válido el testamento de un súbdito de Francia hecho fuera de este lugar pero en la forma auténtica señalada por la ley de este último. Aquí surge la cuestión de saber qué debe entenderse

por *acto auténtico*. Este aspecto no se resuelve conforme a la *lex fori*, sino con arreglo a la ley del país en donde se hizo el testamento. Si de acuerdo con élla es un testamento auténtico, no importa que en Francia no sea más que un documento privado.

Obsérvase en la doctrina de Niboyet mayor precisión de conceptos, no del todo dilucidados en las teorías de Khan y Bartin.

DOCTRINA DE ARMINJON.—Este notable profesor de El Cairo, plantea así su concepto de la relación jurídica:

«La expresión *relación jurídica* designa simplemente la atribución en ciertas circunstancias y bajo ciertas condiciones, de ciertas facultades a las cuales corresponden ciertas obligaciones, las unas y las otras aplicables a las personas o las cosas las que pueden ser, de otro lado, las personas o cosas a las que se apliquen respectivamente estas facultades o estas obligaciones. Salvo excepciones, en los casos particulares, la definición de la venta, las condiciones de este contrato y sus efectos quedan invariables cualesquiera que sean el vendedor, el comprador, la cosa vendida. Lo mismo respecto a los derechos de un propietario sobre el bien objeto de su propiedad y de sus obligaciones tocante a sus vecinos o de los derechos y obligaciones que impone a los esposos el estado de matrimonio».

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

«Sí el interés práctico de las calificaciones —dice— en Derecho Internacional Privado no puede negarse, es, sin embargo, necesario guardarse de extender desmesuradamente esta noción. Ella se aplica solamente a la determinación de la naturaleza jurídica de las personas, de los bienes, de los actos, de las relaciones jurídicas consideradas en sí mismas haciendo abstracción de los derechos en que las personas o los bienes pueden ser el sujeto o el objeto, de las condiciones de forma o de validez y de las condiciones de la constitución, trasmisión y extinción de los derechos». (Précis de Droit International Privé).

Como se puede observar, el autor que estudiamos no hubiera querido hacer ilimitado el concepto de las calificaciones pero, prácticamente, tal cual lo presenta, resulta demasiado extenso, pues, hasta la vida misma de las personas puede quedar dependiendo de esta cuestión así tan ampliamente juzgada.

Arminjon no parte, como Bartín, de las consideraciones de la soberanía para fijar la competencia de la *lex fori*. Parte del carácter de las normas de colisión que han sido dictadas por el legislador en virtud de razones que valen para todos los casos, porque son la expresión de la naturaleza misma de las cosas.

Habría, pues, una contradicción chocante al hacer variar la naturaleza jurídica de un ser, de una cosa, siguiendo una u otra ley aplicable, porque estas reglas sirven de armadura y de marco a las demás reglas legales.

Se apunta un obstáculo práctico contra esta teoría. Reside, nada menos, que en la imposibilidad de distinguir y separar las relaciones jurídicas en sí mismas, de los derechos que de éllas se derivan. Efectivamente, se someten a la calificación las personas, bienes, actos y relaciones jurídicas. Se excluyen de la calificación los derechos mismos, su constitución, transmisión y extinción. Pero los derechos pueden ser bienes y ser relaciones jurídicas; y la constitución, la extinción y transmisión pueden ser o son actos.

Si esto es así en el terreno práctico o sea en la realidad jurídica, ¿en qué forma, de qué modo o por qué procedimiento (no indica el autor) llegaremos a aislar la persona, el bien o el acto de las nociones: *constitución*, *transmisión* o *extinción* del derecho para someter a aquellos a la calificación y excluir de élla a estos últimos?

Habría que intentar una nueva teoría jurídica que ensaye este resultado, de ser posible; y mientras a ello no se llegue no podemos partir sino de la realidad de las cosas, y esa realidad nos enseña que es un contrasentido jurídico y lógico el de querer referirse a la constitución, transmisión o extinción de un derecho haciendo abstracción de la persona o cosa. Es absurdo hablar de la constitución de un derecho, sin que necesariamente haya que preguntar: *¿derecho de quién?*, *¿derecho sobre qué?*

Los autores que hasta aquí hemos mencionado son, entre otros, los principales propugnadores del imperio de la *lex fori*, como competente para solucionar el problema de las calificaciones.

Ahora veamos las teorías que atribuyen el poder calificador a la ley extranjera:

Pueden citarse en este grupo a Despagnet, Diena y Frankenstein. Sus doctrinas tienen algunas variantes que no creemos del caso entrar a considerar, prefiriendo solamente analizar las conclusiones a que llega el último tratadista citado, por encontrarlas de mucho interés para combatir la considerable dilatación que se ha querido dar a la *lex fori* por sus propugnadores.

Frankenstein sostiene que aplicar el derecho no es sino ordenar la situación de hecho bajo conceptos firmes para conectar al hecho los efectos jurídicos establecidos por la ley. Sólo la ordenación segura bajo conceptos exactos puede conseguir una aplicación jurídica justa.

No puede llegarse a este fin sino en tanto se consideren los conceptos del derecho que dominan la relación jurídica. Estos conceptos no pueden estar determinados por la *lex fori*, porque esto sería nada menos que la bancarrota del Derecho Internacional Privado.

Sólo puede decidir acerca de la existencia de un derecho frente a una persona, el ordenamiento jurídico al que pertenece esa persona. Y así también; sólo puede decidir acerca de la existencia de un derecho en una cosa, el ordenamiento jurídico que domina la cosa. El ordenamiento es, pues, el que da la calificación primaria.

Si el ordenamiento jurídico primario tiene otra calificación, se deberá analizar el fin que se propuso ese ordenamiento al hacer la remisión; y si en caso de conflicto entre ambas calificaciones, quiere cederle el paso a la calificación del ordenamiento secundario, es lógico admitir que el primario retendrá la calificación.

Esta doctrina se demuestra partidaria de la ley extranjera; pues, si un legislador ha dictado sus disposiciones, dándose cabal cuenta de su contenido y de las instituciones jurídicas sobre las que legisla, es natural que, en materia de personas, de cosas, de actos, de estado, de capacidad, etc., ese mismo legislador ha hecho un verdadero ordenamiento jurídico que no puede sublimarse y desaparecer en el matraz de la *lex fori*, porque entonces se atacaría de muerte al fundamento mismo del Derecho Internacional Privado.

Así, por ejemplo, si nuestro legislador ecuatoriano quiere que los ecuatorianos se sometan en el extranjero a la ley

ecuatoriana sobre el estado de las personas, implicitamente se está refiriendo no a un estado *in abstracto*, sino a la noción que él se ha formado acerca del *estado*, al estado como él lo entiende. La ley ecuatoriana será, en este caso, la ley del ordenamiento jurídico primario que habrá que respetar en toda situación, para dar efectividad a los principios que rigen las relaciones internacionales de orden privado.

Pero si se deja a la *lex fori* la facultad de investigar si, en determinado caso concreto, el asunto que se ha presentado entra o no en la materia del *estado de las personas*, claro es, se corre el riesgo de soportar que el juez de la *lex fori* altere sustancialmente la naturaleza de una norma bien caracterizada por el ordenamiento primario y a la cual un ordenamiento extraño puede modificar sustancialmente sus modalidades peculiares.

La crítica contra esta teoría estriba principalmente en acusarla de no salvar el *círculo vicioso* explicado por Khan, y de confundir la labor calificadora ya que ésta, se dice, no trata de adaptar una institución a otra, ni toca, en modo alguno, la norma extranjera sino que se limita a ordenar situaciones de hecho bajo determinadas reglas jurídicas.

Según lo hasta aquí expuesto hemos visto girar a los autores alrededor de dos extremos opuestos: la *lex fori* y la *ley extranjera*. Formulada una u otra solución de modo exclusivo, es muy procedente concluir que no podrá obtenerse un principio fijo que sirva para universalizarlo como norma calificadora.

La aplicación de una u otra de las reglas indicadas, siempre dejará que desear; contendrá conceptos equivocados, apreciaciones, de ordinario, aventuradas; y esto por el prurito de encuadrar en marcos rígidos algo que necesariamente es tan vario y múltiple como una relación jurídica de orden internacional. Aquí radica la explicación del por qué no ha podido, hasta nuestros días, precisarse con nitidez en la doctrina una directiva segura e indiscutible que nos guie con claridad y sencillez en el problema que nos ocupa.

Reconocemos en todos los autores el mérito de haber aportado un gran caudal de investigación científica que ha reobrado eficazmente sobre el desarrollo y extensión del Derecho Internacional Privado; pero creemos que cada teoría deja sus vacíos insubsanables, sus lagunas imposibles de lle-

nar, aún con los mismos materiales que sus sustentadores han aglomerado pacientemente.

Esto, por otro lado, es la natural consecuencia de las dificultades de que esta sembrado el camino de la rama jurídica objeto de nuestro estudio. Mas, como en el orden humano (y en el orden universal) nada se pierde sino que, al contrario, se utiliza y se funde en el proceso totalitario de la evolución, estamos seguros de que el gran aporte de los escritores y tratadistas a quienes nos hemos referido, en forma muy sumaria, integrará algún día la doctrina general que suministre con nitidez la clave de soluciones y especialmente sobre un punto de tanta trascendencia como es el de las calificaciones.

Como conciliando los dos extremos opuestos, Rabel ha propugnado hace pocos años la posibilidad de fijar la calificación, no a base de la ley material interna, sino a base de la norma de colisión. Sería ésta una nueva conceptuación de la *lex fori*.

Rabel hace la distinción entre normas de *derecho material* y normas de *colisión*.

Entendemos que el pensamiento de este autor al hacer la diferencia indicada, es el de llamar derecho material al derecho interno sistemático de cada pueblo; y norma de colisión, a la regla que ese derecho tenga para resolver los conflictos. Las calificaciones no deben determinarse por el derecho material interno sino por la norma de conflicto.

Para Rabel la norma de Derecho Internacional Privado supone una situación de hecho, presupuesto de las consecuencias jurídicas. Bajo los caracteres de la situación de hecho pueden comprenderse situaciones que no ofrezcan disparidad notable en cuanto a la significación jurídica: nacimiento, tenencia física, transcurso de tiempo, etc., son ejemplos de esta clase.

Hay también situaciones jurídicas calificadas de modo más enérgico, como domicilio, posesión, contrato de venta, etc., y relaciones jurídicas como parentesco legítimo, acción por legítima, acción por prescripción, etc.

Es preciso, para todo esto, un ordenamiento jurídico, siendo necesario aclarar que la relación de derecho es para la norma de colisión un medio sólo para alcanzar las *relaciones de vida*.

Como la norma de colisión necesita dar competencia a determinada norma material, la primera no depende de la existencia concreta o abstracta de una relación jurídica.

El Derecho Internacional Privado tiene que crear conceptos propios. Tomar las situaciones de hecho del sistema del Derecho Civil Interno es aceptar el error de creer que que no se puede establecer, como su fundamento, otro cualquier sistema de hechos y alejar la consideración de los sistemas jurídicos extranjeros para llenar su misión.

Según este profesor la calificación tiene, pues, dos partes: 1.^a Cristalizar el sentido de la norma de colisión, y; 2.^a Investigar el alcance de la norma extranjera que se acepta en base al Derecho Internacional Privado.

Federico de Castro juzgando esta doctrina, dice: «El valor de las ideas del profesor berlínés aparece a primera vista de la sola exposición; cambia el centro de gravedad del Derecho Internacional Privado, presenta una, nueva solución al problema de la calificación y hace pensar en la independencia efectiva de aquella ciencia. El avance, si su pensamiento resulta acertado, es enorme, sobre todo por las magníficas perspectivas abiertas a la ciencia. No quiere decir esto que haya que estar conforme con todos sus conclusiones: basta fijarse en el significado trascendental que supone obtener las calificaciones del Derecho Internacional Privado, del mismo Derecho Internacional Privado. Sobre la base de su teoría conviene continuar trabajando para ensayar, si efectivamente es viable, hasta dónde, con qué ampliaciones o restricciones puede ser útil para el desarrollo de la ciencia del Derecho Internacional Privado».



De la exposición que precede podemos darnos cabal cuenta de los tres criterios esenciales dentro de los que se mueven las teorías de los autores en lo referente al problema de las calificaciones.

Estos tres criterios son: 1º. La ley del juez que conoce del asunto; 2º La ley extranjera o ley del ordenamiento jurídico; y 3º La lex fori, entendida no como el derecho ma-

terial interno, sino como la regla de Derecho Internacional Privado.

Se puede afirmar que ninguno de estos criterios tiene a su favor una razón absoluta, pero que cada uno aporta, como se dijo ya, un apreciable contingente que, considerado en su unidad, ha logrado esclarecer la cuestión de las calificaciones.

No tenemos base para aceptar sin discusión el criterio de la *lex fori*, principalmente por las razones anotadas por Frankenstein, que demuestra que tal sistema rompe el fundamento del Derecho Internacional Privado que descansa en una comunidad jurídica, en la que sus componentes quisieran ver aplicado su derecho donde quiera, cuando lo han concebido como revestido de esta naturaleza específica.

Tampoco podemos deferir a la ley extranjera, sin limitaciones, porque lo que hace aquella es formarse un concepto de las instituciones jurídicas, sin establecer el cómo una relación jurídica dada haya de plasmarse necesariamente en ese concepto y no en otro.

La norma de Derecho Internacional sustentada por Rabel es, en verdad, un gran avance, pero tiene el inconveniente de querer obtener las calificaciones de Derecho Internacional Privado tomándolas de este mismo.

Quizá una posterior vitalización de esta teoría venga a llenar sus actuales vacíos (mucho menores que en las dos teorías anteriores) y hasta que esto suceda queda en pie, y solo aparentemente resuelto, un intrincado aspecto de nuestra ciencia.

¿A qué conclusiones llegar entonces? A nuestro modo de ver los lados flacos de las teorías expuestas están demostrando con toda claridad una sola verdad, cual es la de que los infinitos matices, la diversa presentación y complejidad que puede ofrecer y ofrece una relación jurídica de carácter internacional, hace imposible que se la someta a un sólo estatuto rígido y preconcebido.

Hay que estudiar, en cada caso concreto, los caracteres peculiares y específicos de las relaciones jurídicas sometiéndolas a una severa crítica racionalista. Solo el espectro de la relación jurídica, nos puede revelar con claridad, su esencia, su composición y sus fines, y este material previo es el que debiera servir, indudablemente, para la ley compatible y aplicable a la calificación de las instituciones.

Está bien que se haya ahondado en el estudio de los diversos principios. Esto es haber recorrido una gran parte del camino. Se ha conseguido así lograr tener a la mano un balance de las ventajas y desventajas de cada sistema.

Nosotros, llanamente, nos inclinamos a sostener un postulado sencillo que no repugna a la razón y a la lógica, y este postulado es el de que no cabe coger el molde de un sistema preexistente para encajar ahí la relación jurídica, porque ese molde resultará unas veces grande, otras, demasiado estrecho. Lo que cabe quizás es tomar la relación jurídica como una cosa objetivada, sujeta a peso y medida y hacer su análisis detenido. Sólo después de esta labor podremos darnos cuenta que es la naturaleza de la relación jurídica la que escoge el sistema compatible, de un modo natural, y no el sistema que se impone sobre la relación, *a priori*.

Cuando de la relación jurídica fluya el sistema aplicable (*lex fori*, ley extranjera, etc.), ya sabemos lo que vamos a aplicar; y precisamente la investigación científica nos presenta ya esclarecidas todas las doctrinas, facilitándose así la ardua tarea de los calificadores.

Por eso hemos dicho, y repetimos ahora, que los autores, aún ceñidos rígidamente a las directivas que les impone su doctrina, han trabajado, quizás sin darse cuenta, el proceso de integración totalitaria con dirección hacia un fin único e indeclinable, cual es el de la sustantividad y plenitud del Derecho Internacional Privado.



4.—LA JURISPRUDENCIA Y LOS TRATADOS.—Nos limitemos a citar algunos casos de jurisprudencia, en torno al asunto que nos ocupa, para luego hacer referencia a las disposiciones de los tratados internacionales y juzgar si estos han tenido o no en cuenta la cuestión de las calificaciones.

Desde luego, es preciso advertir que la jurisprudencia se ha inspirado no solo en la doctrina dominante en cada país, sino también en su sistema propio de Derecho Internacional Privado. Así, por ejemplo, la jurisprudencia francesa, con

restringidos casos de excepción, se ha inspirado en los dictados de la *lex fori*.

Con respecto a la institución contractual se ha presentando la cuestión de averiguar si ella se relaciona con la sucesión o con el régimen matrimonial. Tomando en consideración los inmuebles situados en Francia se ha aplicado la *lex rei sitae* para calificar una institución como sucesión, advirtiéndose que esta calificación no habría prevalecido en Italia.

También tenemos jurisprudencia con respecto al testamento ológrafo realizado en Francia por extranjeros. Habiéndose pedido la nulidad de un testamento de esta clase hecho por un inglés en Francia, sobre la base de que la ley inglesa prohibía este modo de testar, era del caso hacer una investigación previa. Debía averiguarse, en efecto, si la forma del testamento afectaba a la capacidad, en sí misma, o solamente a la mera forma. Si lo primero, había que aplicar la ley inglesa; si lo segundo, la ley francesa, según el principio *locus regit actum*.

La sentencia del Tribunal de Casación opinó que las leyes que determinan las formas con arreglo a las cuales debe ser redactado el testamento, no afectan a la capacidad del testador, sino solamente a las solemnidades exteriores que deben acompañar la expresión de su voluntad y que, en consecuencia, surge la plena competencia de la ley del lugar en que el testamento se celebra.

En materia de divorcio, y con referencia a la ley austriaca cuyas disposiciones establecían la obligación de fondo, de presentarse ante el *rabino*, antes de la iniciación del proceso, el Tribunal de Casación declaró que se trataba de una regla de forma y aplicó la ley francesa en toda su extensión.

En materia de contratos, Niboyet señala un caso interesante referente a obligaciones contractuales derivadas de un transporte en *wagon-lit* desde Italia a Francia. Un contrato semejante, conforme a la legislación italiana, procuraba no solamente el transporte en sí mismo sino también alojamiento confortable durante el viaje. Surgía, pues, la necesidad de calificarlo, ya como contrato de transporte, o ya como contrato de hospedaje. El tribunal de apelación de Roma aplicó la *lex fori*, sin tomar en consideración la calificación a que hubiera estado sometido dicho contrato en el extranjero.

Los aspectos verdaderamente interesantes se relacionan con la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles,

complicándose la cuestión cuando, como en el caso de ciertas legislaciones, los muebles quedan sometidos a la ley del propietario y los inmuebles, a la ley de la situación. En tales casos qué calificación habrá que utilizar? Concurren tres leyes con suficiente título: la de la nación del propietario, la de la situación del bien y la del foro o ley del juez.

El derecho alemán ha dado valor preponderante al estatuto territorial; y así, por ejemplo, si un testador italiano deja en su herencia un predio austriaco, y aunque el derecho austriaco y el italiano estén de acuerdo en que dicho predio corresponde a la herencia, y según ambos derechos la sucesión se regula por la ley nacional del causante, como el derecho austriaco establece que los predios situados en Austria se han de someter a la ley austriaca, el juez alemán que conoce del asunto ha aplicado el derecho austriaco.

Esta norma de procedimiento no es generalmente aceptada, porque hay países que dan supremacía al denominado *estatuto especial*. Así, por ejemplo, tratándose de la herencia de un italiano poseedor de un inmueble en territorio vaticano. La legislación de este Estado no reconoce otro principio que el de la situación y los fallos dictados han aplicado el derecho vaticano.

Según una sentencia del tribunal de Turín de 1905, la herencia de un italiano en la que constaba un inmueble situado en el Perú declaró, a pesar de las disposiciones del derecho peruano, aplicable a toda la herencia el derecho hereditario tal cual estaba regulado por las leyes italianas.

No dejaremos de anotar la gran importancia que ha ofrecido, dentro de esta materia, la incapacidad de la mujer por consecuencia del matrimonio, así como el interesante aspecto de las donaciones entre esposos.

Respecto al primer punto, hay una gran disconformidad en las legislaciones. En unas, el matrimonio no produce ningún efecto directo sobre la capacidad de la mujer; en otras, surge una incapacidad relativa o, lo que es lo mismo, una capacidad limitada.

Alemanes casados bajo el régimen de separación y nacionalizados posteriormente en España, se han sometido al estatuto matrimonial de esta ley; pero según varios fallos la mujer no ha seguido la incapacidad de la ley española sino que ha continuado capaz conforme al estatuto originario del matrimonio.

Alemanes casados en Alemania, bajo el régimen de comunidad. En este caso el matrimonio tiene, como estatuto originario, el procedente de la ley alemana (ley de la celebración). Cuando posteriormente el marido ha adquirido otra nacionalidad como la rusa, por ejemplo, cuyas leyes no contienen disposiciones limitativas acerca del régimen de los bienes, se ha fallado en el sentido de que la mujer mantiene su incapacidad según el derecho alemán, porque éste es el que determina el régimen jurídico de los bienes.

En materia de donaciones entre esposos, Lewald, citado por Federico de Castro, hace conocer un caso bastante interesante, tomado de una sentencia dictada en Dresden en 1905. Se trataba de cónyuges austriacos que habiendo estado domiciliados en Alemania adquirieron esa nacionalidad. El marido demandó a la mujer en Viena, pidiendo la nulidad del matrimonio. La mujer, a su vez, pidió *litis expensas* para sufragar las costas del proceso. La ley alemana y la ley austriaca determinaban para el marido la obligación de suministrar *litis expensas*, pero con la diferencia de que, en el derecho alemán, la obligación de sufragarlas se derivaba del régimen de bienes; en tanto que, según el derecho austriaco, esa obligación estaba calificada como personal de sostenimiento. Según la ley de colisión alemana debía aplicarse a las relaciones personales, la ley de la nueva patria de los cónyuges, o sea el derecho alemán.

Así planteada la cuestión, el juez inferior sostuvo el alcance del derecho alemán, o sea, la obligación de pagar *litis expensas* como derivadas del régimen de bienes de los cónyuges. Pero la dificultad surgía al tratarse del ejercicio mismo de la acción. Alemania no conocía la acción de la mujer para obtener provisión de costas. En Austria esa acción se derivaba de las relaciones personales, pero no podía aplicarse el derecho alemán, por no tener éste, concretada en sus leyes, la acción de la mujer como derivada de las relaciones personales. El tribunal rechazó la demanda de la mujer.

De los pocos casos anotados, aparece como conclusión la de que los conflictos de calificaciones pueden presentarse y se presentan, en cada caso, con infinitas variantes, debiéndose a esto el que las resoluciones de los tribunales no guarden siempre la misma conformidad.

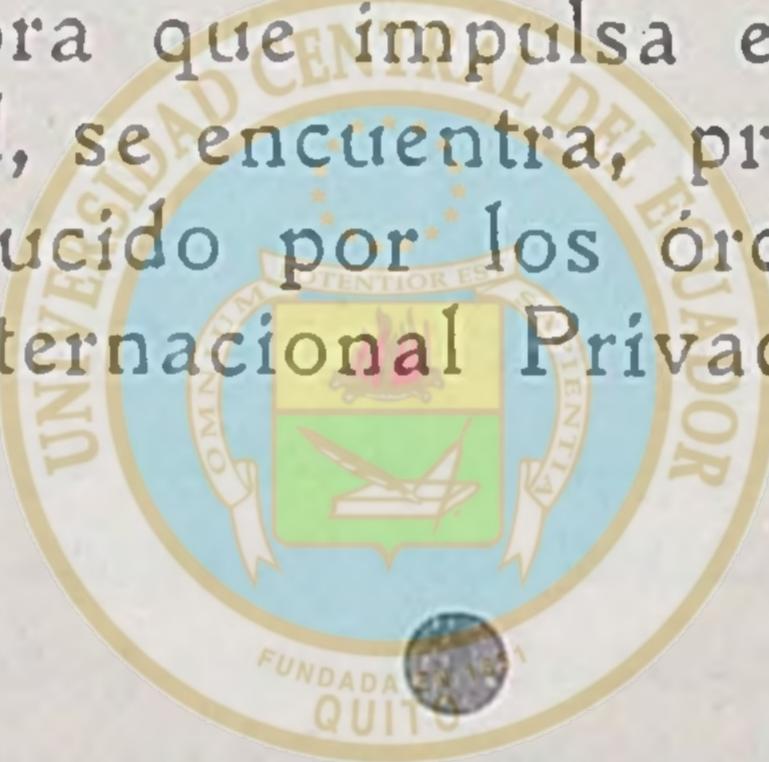
Igual cosa podríamos observar si citásemos algunos casos concretados por la jurisprudencia americana. En ellos

las variantes son más numerosas, y los fallos rendidos en materia de calificaciones no concretan, de modo definitivo y preciso la sujeción a un principio jurídico único.

Clasificados los diversos países por las normas seguidas por su jurisprudencia, es curioso apuntar que aquéllos que siguieron, de modo rígido, el principio de la *lex fori*, han ido, poco a poco, nacionalizando el Derecho Internacional Privado.

Esta nacionalización, como se dijo en el Capítulo I, tiene varios inconvenientes, y entre ellos los más peligrosos son dos: 1. Formar tantos derechos internacionales como países existen; y 2. Debilitar, en grado extremo, el fundamento del Derecho Internacional Privado general, a cuya fortificación se encaminan todas las corrientes de nuestra época.

Pero entendemos que a ello se llegará próximamente; pues, la fuerza motora que impulsa el Derecho Internacional Privado a su unidad, se encuentra, precisamente, en el equilibrio inestable producido por los órdenes jurídicos distintos de cada Derecho Internacional Privado de carácter nacional.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Completamos esta primera sección, haciendo referencia a los tratados —muy escasos— que se han preocupado de establecer las calificaciones.

Niboyet, refiriéndose a los tratados dice, muy acertadamente: «Hacer un tratado diplomático sobre conflictos de leyes, sin dar las *calificaciones* necesarias, significa, a veces, hacer una obra fragmentaria e imperfecta. Supongamos que dos países se ponen de acuerdo para someter a la ley nacional el derecho de las personas; a partir de ese momento, es evidente que en los dos países contratantes habrá que aplicar siempre la misma ley, la ley nacional al estado de las personas. Pero nada se habrá conseguido si en los dos países no se tiene el mismo concepto acerca del *estado de las personas*, pues mientras en uno de esos países ciertas cuestiones se incluyen en el estado, en el otro país forman parte del *régimen de los bienes, de las obligaciones, etc.* Existirá, pues, un acuerdo sobre una ley común, pero se habrá olvidado una cosa fundamental: decir a qué aspectos se aplicará esta ley

común. Puesto que todos los países no tienen el mismo concepto acerca del estado de las personas, un tratado debe comprender dos especies de reglas: una regla para solucionar los conflictos de leyes y, además, la calificación necesaria para aplicar esta regla».

Esta sencilla observación tiene todo el peso de una gran verdad y no debiera ser jamás desatendida por quienes tienen a su cargo la misión de formalizar y suscribir tratados de Derecho Internacional Privado.

Efectivamente, de qué vale que dos países admitan, por ejemplo, una regla uniforme para el estatuto personal, de aplicación extraterritorial acerca del estado, capacidad y relaciones de familia de los individuos, si el tratado no define *lo que es estado, lo que es capacidad y lo que se entiende por relaciones de familia?* La falta de esta definición (calificación) es evidente que dificultará la aplicación de la norma de conflicto.

Desde luego, no hemos de querer encontrar en los tratados antiguos ninguna decisión encaminada a calificar las instituciones sobre las que hayan estipulado los países contratantes, a causa de ser las calificaciones una cuestión jurídica que solo en los últimos tiempos ha cobrado gran desarrollo y que anteriormente se mantuvo bien oculta dentro de la trama interna de los conflictos de leyes. Los jurisconsultos antiguos se debatían para encontrar un principio, una norma o una regla que sirvan para solucionar esos conflictos; mas al querer aplicar la doctrina propugnada por ellos llegaban a resultados tan imprevistos y a conclusiones tan absurdas que, en realidad, se encerraban en un círculo sin salida, sin que pudieran descubrir las causas profundas de esta anormalidad; unos las atribuían a la deficiencia de los principios sustentados; otros, a la resistencia práctica del Derecho Internacional Privado para dejarse abordar. No pocos llegaron a la conclusión de que el Derecho Internacional Privado, sin tener más realidad de manifestación que en las legislaciones particulares de los diversos Estados, no podía existir como ciencia jurídica general. En verdad el obstáculo residía en las calificaciones a cuya entraña no llegaron los investigadores antiguos, pero que al derecho moderno le ha correspondido esclarecerla y analizarla en todo su contenido intrínseco.

Un tratado entre Alemania y el Soviet, correspondiente a 1925 se preocupó ya de calificar ciertas instituciones como

la sucesión, evitándose así las dudas acerca de la clasificación de los bienes en muebles e inmuebles.

La Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya de 1925, estudió un proyecto sobre quiebra y dispuso que, en caso de conflicto de calificaciones sobre la cuestión de saber *quién es comerciante*, se ha de aplicar la calificación de la *lex fori*.

Como se ve, esto no es resolver el problema, pues, lo práctico habría sido que el mismo tratado califique *quién es comerciante* e imponga esa calificación a las partes contratantes para que éstas incorporen el sentido jurídico preciso de ese término a sus legislaciones internas.

Tuvimos ocasión de decir, refiriéndonos a la codificación, que si ésta no ha rendido los resultados prácticos que eran de esperarse, se debe precisamente al defecto de condicionar la aplicación de la norma declarada por un tratado, a la conformidad que ella guarde con el derecho interno.

La conducta debe ser contraria en esta materia: hacer prevalecer el derecho internacional sobre el derecho nacional y amoldar éste a aquél. De no observarse este procedimiento se corre el riesgo de hacer inútiles las estipulaciones internacionales de carácter jurídico y de dejar las codificaciones sin resultado efectivo alguno.

Las mismas consideraciones podemos aplicar tomando en consideración los tratados que los Estados celebren acerca de materias comprendidas en el Derecho Internacional Privado. Estos tratados pueden simplemente señalar las normas de conflicto, prescindiendo de calificar las instituciones; y en este caso, el tratado que se celebre carecerá de efectividad. Pero los tratados pueden señalar las calificaciones y las normas de conflicto, pero si los Estados contratantes aceptan sus estipulaciones bajo la reserva de que éllas no contrarién las leyes interiores de las partes, tampoco se habrá conseguido ningún resultado, porque toda la construcción jurídica y sistemática del tratado quedará a merced de las reservas que los Estados contratantes formulen, ya al tiempo de la suscripción, ya al tiempo de la ratificación.

Todo tratado que propugna una norma o un sistema de Derecho Internacional Privado, con miras a uniformar las legislaciones, lleva implícita la condición de corregir esas legislaciones en lo que tengan de contrario a la norma internacional declarada por el tratado.

Del aspecto de las calificaciones se ocuparon también las Conferencias de La Haya de 1925 y 1928, en lo relativo al derecho del Estado a ser heredero.

Pero, por regla general, las Convenciones y Tratados olvidan la cuestión de las calificaciones que tendrá que ser la principal preocupación en el Derecho Diplomático del porvenir.

En el Tratado de Derecho Internacional Privado celebrado entre el Ecuador y Colombia, el 18 de Junio de 1903, observamos el mismo defecto: reglas de solución de conflictos, sin calificaciones de ninguna clase.

Así el artículo II se limita a declarar que: «El estado y la capacidad jurídica de las personas se juzgarán por su ley nacional, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en el otro país». No sabemos cómo aplicar esta regla de conflicto porque no hay calificación o sea, porque no se ha precisado qué debe entenderse por *estado*; qué, por *capacidad*.

El artículo III, referente a los bienes, el IV referente a los contratos, el V referente a las formas o solemnidades externas, y así las demás disposiciones, adolecen de igual imprecisión; esto obliga a reclamar la revisión de estos tratados ajustándolos a las exigencias del desenvolvimiento jurídico moderno.

Por fin, digamos unas pocas palabras acerca del Código Bustamante que hace parte de la legislación ecuatoriana. Este código es ecléctico porque se compadece con todos los sistemas. Tiene un mero valor declarativo y carece de fuerza para cumplir el fin mismo que persigue una Convención de Derecho Internacional Privado, a pesar del gran esfuerzo doctrinario de su ilustre autor.

En dicho Código encontramos el artículo 6.^o, que dice: «En todos los casos no previstos por este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas, que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionados en el artículo 3.^o.».

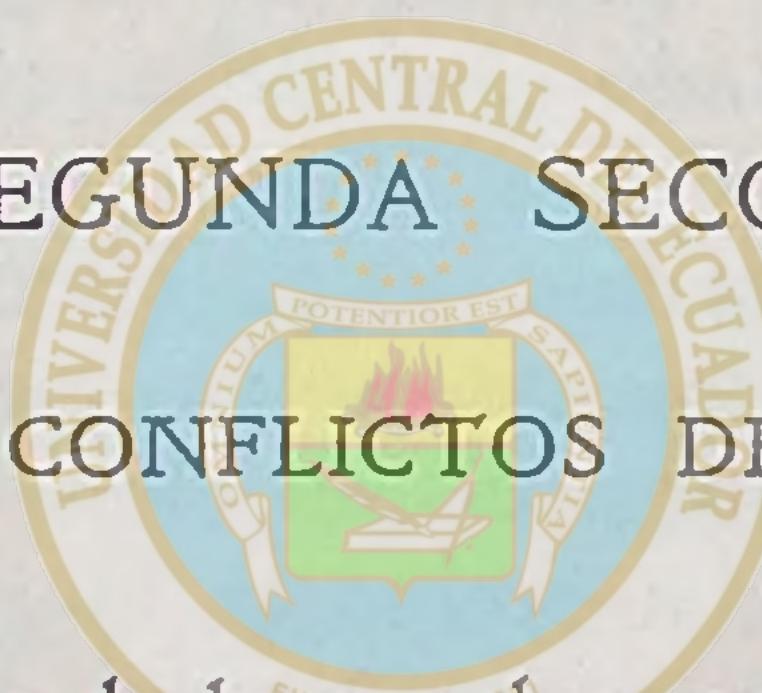
Esta es una regla general, quizás sin eficacia si se consideran muchas disposiciones en las que no se concreta ni la regla de conflicto, peor la calificación.

Así vemos en el artículo 27: «La capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal, salvo las

restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local».

Sabemos que la ley personal, sobre todo en América, gira alrededor ya de la nacionalidad, ya del domicilio. De modo que decir que la capacidad se rige por la *ley personal* es prescindir del señalamiento de la norma de solución del conflicto de leyes. Pero aún concretando claramente esa norma y fundando la capacidad sólo en la nacionalidad o sólo en el domicilio, habría quedado todavía, por encima de la ley común de conflicto, la carencia total de la calificación de capacidad.

Esto demuestra, pues, que construcciones de alto valor jurídico, pueden quedar sin aplicación práctica, en virtud de haber olvidado cuestiones que afectan al fondo mismo del Derecho Internacional Privado.



SEGUNDA SECCION
LOS CONFLICTOS DE LEYES

SUMARIO:—5.—Conflictos de leyes sobre nacionalidad. 6.—Las doctrinas generales acerca de los conflictos de leyes civiles y comerciales. 7.—*La teoría de los estatutos* y las escuelas estatuarías. 8.—Doctrinas modernas.

5.—CONFLICTOS DE LEYES SOBRE NACIONALIDAD.—En América, como se ha tenido ocasión de observar, la materia de la nacionalidad está regulada por leyes de carácter constitucional. Se debe a esto el que tratemos en esta sección el aspecto de la nacionalidad conflictiva.

No creemos adecuado considerar las diversas clases de leyes que pueden producir colisión. Hay autores que la extienden a casi todas la leyes: constitucionales, civiles y comerciales, penales, administrativas, de tributación, etc. Esta Guía comprende solamente el posible contenido del Derecho Civil Internacional debiendo, por lo mismo, limitarnos a la investigación de los conflictos de leyes civiles y comerciales.

Si tratamos acerca de los conflictos de leyes sobre nacionalidad se debe, exclusivamente, a la necesidad de deter-

minar suficientemente los casos en que dicho vínculo se encuentra consolidado, discutido o inestable; sobre todo, si se tiene en cuenta la importancia que para nuestra ciencia tiene la nacionalidad, y, particularmente, la que nosotros le damos por estar condicionando de modo cierto todo un orden que sirve de base a un sistema de Derecho Internacional Privado.

Esto no quiere decir que desconozcamos la importancia de los conflictos producidos por otra clase de leyes que, en realidad, pueden ponerse en colisión dentro de las relaciones internacionales. Pero dicho estudio corresponde a otras subdivisiones que deben considerarse aparte, en relación con las diversas ramas jurídicas, como el Derecho Penal Internacional, por ejemplo.

Los conflictos de leyes en materia de nacionalidad pueden estudiarse en razón de los sistemas seguidos por las legislaciones y en razón de los tratados, pudiendo derivarse de ambos puntos de vista las soluciones judiciales.

En lo referente al primer punto sabemos ya que la nacionalidad se funda en dos criterios diversos y contrapuestos, siendo éstos la base misma que condiciona de modo impeditivo el vínculo de la nacionalidad, dependiendo de la soberanía de cada Estado. Dichos criterios son el *jus soli* y el *jus sanguinis*.

Prescindimos de la fuerza que la doctrina moderna dá a la libre voluntad del individuo para renunciar una nacionalidad cualquiera y escoger aquella que le sea más conveniente.

En los casos en que la voluntad domina, será élla la que diga la última palabra, la que resuelva todo conflicto o la que evite su producción. Cuando se habla de conflictos de nacionalidad hay que referirse a particulares situaciones en que la voluntad es impotente o en que élla falta o no se manifiesta por una causa cualquiera.

Fundadas, pues, las legislaciones en sistemas diversos, surge una primera posibilidad de conflicto en aquellos casos en que se oponen los dos sistemas condicionantes, o sean el *jus sanguinis* y el *jus soli*, ya como sistemas integrales, o en razón de elementos particulares que caractericen a uno u otro de ellos y que estén determinados por la legislación de cada país.

Así tenemos, por ejemplo, que el derecho europeo fija

la nacionalidad impositiva tomando como norma el *jus sanguinis*, y el derecho americano la fija sobre el *jus soli*.

De modo que todos los individuos nacidos en América, hijos de padres europeos, son europeos, conforme al *jus sanguinis*, y son americanos, conforme al *jus soli*. Es aquí donde reside el peligro de la doble nacionalidad y, por lo mismo, hay puerta abierta para los conflictos con élla relacionados.

Pero hay que tener en cuenta que la doble nacionalidad latente no puede confundirse con el conflicto propiamente dicho. Este surgirá cuando se manifieste alguna actividad jurídica que se funde en el sistema condicionante determinado por la ley soberana de cada Estado.

Supongamos, a manera de ejemplo, un individuo hijo de padres alemanes nacido en el Ecuador. Conforme a la ley alemana, es alemán; conforme a la ley ecuatoriana, es ecuatoriano. Mientras no se discuta por alguna causa la nacionalidad de ese individuo, habrá una doble nacionalidad latente. Suponemos también que una ley alemana instituye que los hijos primogénitos varones han de ser beneficiados en la herencia de su padre, con una cuota mayor que la que corresponde a los demás hijos. El individuo hijo primogénito de padres alemanes nacido en el Ecuador quiere acojerse, en el caso supuesto, al beneficio de la ley alemana. Desde este mismo momento entraría en discusión la nacionalidad; sería preciso resolver el conflicto, adjudicarle una nacionalidad judicialmente para que, una vez precisada la subordinación alemana o ecuatoriana, pueda declararse o negarse el derecho reclamado. La nacionalidad será aquí un incidente de resolución previa.

Así también, en los casos de guerra, el Estado alemán podría llamar a las armas a los hijos de padres alemanes donde quiera que hayan nacido. ¿El Estado que legisla el *jus soli*, por ejemplo, deberá defender a estos individuos contra el llamamiento del Estado que legisla el *jus sanguinis*? ¿Entrarán en pugna los dos estados es decir las dos soberanías? ¿Podrá la voluntad del individuo producirse libremente sobre todo si se tiene en cuenta que las leyes que determinan impositivamente la nacionalidad son leyes de orden público que escapan de la autonomía personal?

He aquí unos tantos aspectos de difícil solución. Ningún Estado se presta para retroceder su soberanía ante el im-

perio de otra soberanía extraña. La voluntad del individuo no funciona como definitiva, y aún manifestándose en tal o cual sentido y admitiendo que esa manifestación fuere contraria al mandato obligatorio e imperativo de la ley que legisla el sistema de una nacionalidad determinada, dicha voluntad no prevalecerá contra la autoridad del Estado.

Esta es una consecuencia inmediata de la naturaleza específica que tiene la nacionalidad originaria, determinada por una ley de absoluto efecto indeclinable y por la cual ha de luchar siempre el Estado, interesado como se encuentra, en mantener las proyecciones mismas de un vínculo que precisa el elemento humano sobre el cual el Estado ha de ejercer su soberanía.

Por esta razón los conflictos de leyes entre sistemas de nacionalidad originaria son científicamente insolubles y demandan la intervención del derecho positivo concretado en los tratados, en los cuales, cada Estado, puede medir el grado de sacrificio que quiera hacer a sus leyes de orden público.

Estos casos se encuadran perfectamente dentro de la primera hipótesis considerada por Weiss, o sea aquella en la cual *el conflicto nace entre dos nacionalidades de origen de las cuales una es la de los magistrados que conocen del pleito*.

«Ninguna vacilación —dice el autor citado— es permitida al juez. Debe aplicar al individuo cuya condición jurídica es debatida ante él, la ley del país en nombre del cual administra justicia; y, en consecuencia, si este individuo, aún domiciliado en el extranjero, está en las condiciones a las cuales el legislador local ha subordinado la adquisición de la nacionalidad de origen, lo tratará como a uno de sus nacionales.....».

Por lo mismo, el individuo hijo de padres alemanes nacido en el Ecuador, estará sujeto a estas dos posibilidades: a la de que si su nacionalidad es debatida ante un juez alemán, ese juez le declare nacional alemán, aplicando su ley indeclinable. Si es debatida ante un juez ecuatoriano le declarará ecuatoriano, por las mismas causales.

Tendriamos como resultado la doble nacionalidad insubsanable y sólo capaz de desaparecer por las estipulaciones de un tratado.

Ni siquiera habría cómo invocar en uno de los países el efecto extraterritorial del fallo legítimamente dictado por los jueces del otro, pues, es una regla generalmente seguida por

las legislaciones, que el respeto a los fallos dictados en el extranjero sólo puede tener lugar en aquellos casos en que dichos fallos no sean contrarios al orden público del país en que se invocan; y como la nacionalidad es de orden público, ningún fallo contrario a un sistema de subordinación política impositiva podría ser invocado.

Pero si en un tratado se lograra consagrar el principio que hemos sugerido en el anterior capítulo, y mediante el cual se establezca la norma por la que uno de los Estados debe ceder en favor de aquel otro que tenga para sí el mayor número de elementos de vinculación con respecto a un individuo, en materia de nacionalidad, se habría conseguido eliminar la doble nacionalidad.

Como esta regla naturalmente sería observada por los jueces, éstos no podrían hacer otra cosa que fijar la nacionalidad sobre la base del mayor número de elementos de vinculación, prescindiendo de la exigencia restrictiva de aplicar el sistema de la ley en cuyo nombre administran justicia.

Una pequeña limitación al concepto de la soberanía del Estado se impone como necesaria para fortificar el fundamento de la comunidad internacional y dotar a ésta de la suficiente viabilidad.

Dentro de esta misma hipótesis, y como lo indica Weiss, aún las legislaciones fundadas en iguales sistemas pueden producir la acumulación de nacionalidades y, en consecuencia, los conflictos a este respecto, como ha ocurrido con el Art. 9 del Código Civil que fué hasta hace algún tiempo común a Francia y a Bélgica.

Un individuo nacido en Bélgica, de padres franceses, había sido inscrito en el cuadro del contingente francés. Habiendo cumplido su mayor edad, optó por la nacionalidad belga del nacimiento y fundándose en esta opción se dirigió contra el Prefecto francés pidiendo que su nombre no figurase en las listas de reclutamiento, tratando de dar efecto retroactivo al derecho de opción. El tribunal francés rechazó la acción, por cuanto el Art. 9, invocado por el interesado, era propiamente el Art. 6 del Código Civil belga y no el del Código Civil francés, el cual era aplicable solamente a los individuos nacidos en Francia de padres extranjeros, y no a los nacidos fuera de Francia, de padres franceses.

Por este caso y otros más que sería largo citar se pue-

de concluir que aún dentro de leyes que mantengan un mismo sistema para determinar la nacionalidad originalia, pueden presentarse complicados casos de colisión.

La segunda hipótesis, contempla el caso de que *el conflicto de las nacionalidades de origen se produzca sobre el territorio y ante los tribunales de una tercera potencia*.

Vamos a suponer un individuo que nace en el Ecuador y que es hijo de padre italiano. Por lo pronto está latente el conflicto en razón de la doble nacionalidad.

Dicho individuo quiere, posteriormente, acogerse a las garantías que contiene, por ejemplo, un tratado que se haya celebrado entre Italia y Francia.

¿Por el hecho de que el individuo mencionado reclame las garantías de aquel tratado, a Francia, fundándose, para considerarse italiano, en el *jus sanguinis*, se podrá entender que esa reclamación es una manifestación de voluntad para considerarse italiano?

No podemos admitir esta conclusión, porque se ha dicho ya que la autonomía de la voluntad no tiene suficiente poder para eludir el alcance de las leyes que concretan la nacionalidad sobre uno u otro de los sistemas indicados.

La ley ecuatoriana se funda en el *jus soli* para establecer la dependencia o subordinación política del individuo con respecto al Estado y, por lo mismo, en nada puede valer, ni tácita ni expresamente, la intención de acogerse a las ventajas del tratado franco-italiano para eludir el sistema de nacionalidad del *jus soli* determinado por la ley ecuatoriana.

Esa intención no sería ni naturalización ni renuncia de nacionalidad y así tendría que entenderlo el Ecuador.

Mas como las ventajas del tratado se reclaman al Estado francés, vamos a partir del supuesto de que dicho tratado concede exoneración de impuestos fiscales a las propiedades urbanas de italianos situadas en Francia, y reciprocamente, a las de franceses, situadas en Italia.

El nacido en el Ecuador de padre italiano reclama esa exoneración para un inmueble que le ha sido legado, y la reclamación la presenta ante el órgano francés señalado por el tratado. La concesión de exoneración puede ser así un acto administrativo, pero para que éste pueda ser realizado hay que partir de la seguridad plena de que la persona reclamante sea, en realidad, un súbdito italiano, así como en Italia debería serlo un súbdito francés.

Apareciendo dudosa la nacionalidad del reclamante, en el caso contemplado, puede producirse la negativa de la exoneración; y, como consecuencia, una demanda de aquél contra el Estado francés. El juez que conozca del asunto se encontrará, por lo tanto, ante la necesidad de resolver un incidente previo (el de la nacionalidad discutida) y tendremos así que la nacionalidad se ha convertido en un aspecto judicial cuya solución deja en suspenso la reclamación misma.

El juez francés no puede, en este caso, dar preferencia a ninguna de las legislaciones en conflicto, en materia de nacionalidad; ni a la ecuatoriana, ni a la italiana. Es preciso, por lo mismo, señalar las normas a las que debe someter su conducta dicho juez. ¿Cuáles podrán ser estas normas?

Weiss, dice al respecto: «Por tanto, si el individuo de nacionalidad dudosa tiene su domicilio en el territorio de uno de los Estados que se lo disputan, los jueces franceses lo considerarán como perteneciente a este último. Al fijarse en su suelo, en efecto, ha confirmado por elección voluntaria una de las dos nacionalidades a las cuales lo vinculaba su nacimiento, afirmando, por el mismo hecho, la voluntad de sustraerse a la otra. La presunción de voluntad sobre la cual reposa la atribución de ésta, no resiste a una manifestación formal como ésa».

Siguiendo esta regla y considerando el individuo de nuestro ejemplo, diríamos que si el reclamante tiene su domicilio en el Ecuador, los jueces franceses deberán declararle ecuatoriano y quedará negada la exoneración de impuestos. Si tiene su domicilio en Italia, deberán declararle italiano, con derecho a la exoneración de que se trata.

Esta regla no se funda sino en el mayor número de vinculaciones que actúan en un individuo con respecto a un Estado. Así el hijo de padre italiano que nace en el Ecuador y conserva su domicilio en este país, tiene más vinculación con respecto al Ecuador que con respecto a Italia. A favor del primero tiene el nacimiento y el domicilio; a favor de Italia no tendría sino el *jus sanguinis*.

Hay, además, que considerar otra posibilidad, dentro del contenido de la norma que se acaba de enunciar y es la de que la persona no tenga su domicilio en ninguno de los dos países que pretenden exigir su subordinación.

Así, por ejemplo, el hijo de padres italianos que nace

en el Ecuador y que tiene su domicilio en Francia, tendría a favor de uno y otro Estado reclamante un sólo elemento de vinculación. En Italia y Ecuador esos elementos están como contrapesados sin tener cada uno, a su favor, sino su propio sistema de nacionalidad originaria (*jus sanguinis, jus soli*).

En este caso, dice Weiss: «ya no sería cuestión de considerarlo como francés. El domicilio jamás atribuye la nacionalidad. No sirve, como acabamos de verlo, sino para corroborar una presunción resultante del origen y para suplir en los conflictos de intereses privados una ley nacional incierta. Colocado entre dos nacionalidades rivales, el juez deberá pronunciarse por aquella cuya determinación se acerque más a las reglas admitidas por la ley francesa. En el ejemplo citado (semejante al que hemos considerado) dará la preferencia a la nacionalidad italiana, al *jus sanguinis*, sobre la nacionalidad venezolana, sobre el *jus soli*».

De la misma manera, el hijo de padres franceses que nace en Colombia, siendo el Ecuador lugar del domicilio del juez que conoce del conflicto de nacionalidad, tuviera que ser declarado colombiano, porque la ley ecuatoriana se funda, como la colombiana, en el *jus soli*.

Sintetizando todo lo expuesto, podríamos formular las siguientes conclusiones:

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

1.^a—Los conflictos de nacionalidad surgen de los diversos sistemas originarios, consagrados por las legislaciones y en virtud de los tratados.

2.^a—En ambos casos la nacionalidad conflictiva puede ser materia de decisiones judiciales.

3.^a—En los casos en que el conflicto se produce entre dos nacionalidades de origen, una de las cuales es la de los magistrados que conocen del pleito, como cada juez tiene que aplicar su derecho propio, queda siempre subsistente la doble nacionalidad y los conflictos no pueden salvarse sino en virtud de tratados.

4.^a—Los conflictos de nacionalidad pueden producirse aún entre legislaciones que se fundan en el mismo sistema.

5.^a—En los casos en que el conflicto de las nacionalidades de origen se produce sobre el territorio y ante los tribunales de una tercera potencia, esta tercera potencia no tiene por qué dar preferencia a uno u otro sistema, sino que

deberá fallar a favor de aquella nacionalidad que tenga en su beneficio el mayor número de vinculaciones.

6.^a—Si se trata de Estados, a favor de los cuales existe el mismo número de vinculaciones, la tercera potencia deberá fallar prefiriendo aquel sistema que más se asemeje al de su legislación local.

6.—LAS DOCTRINAS GENERALES ACERCA DE LOS CONFLICTOS DE LEYES CIVILES Y COMERCIALES.—Queriendo concretar nuestro estudio sólo a los problemas del Derecho Civil Internacional, tomamos en consideración exclusivamente las leyes de carácter civil y comercial.

Las doctrinas que aquí vamos a clasificar, demuestran no sólo el proceso evolutivo de nuestra rama jurídica sino, además, el hecho real e innegable de que élla, durante un período largo, no ha tenido otra materia que los conflictos de leyes.

Corresponde, pues, indicar el plan que ha de seguirse en la exposición de esas doctrinas, partiendo de la *teoría de los estatutos*, según sus *predecesores* y fundadores que se ven obligados a romper un tanto el criterio de la territorialidad absoluta de la ley para dar cabida, dentro de las excepciones, a ciertos estatutos de carácter especial.

Las enseñanzas estatutarias no pudieron por menos que encuadrarse dentro de escuelas definidas como la francesa del siglo XVI, las escuelas holandesa y flamenca del siglo XVII, la francesa del siglo XVIII. Cada una de ellas tiene sus preclaros representantes y éstos, es menester reconocerlo, rinden un contingente de investigación que ha servido de base a las construcciones posteriores, en materia de teorías generales para la solución de los conflictos de leyes.

Desde luego, hay que tener en cuenta las condiciones especiales del medio en el cual actuaron los estatutarios, para no querer encontrar en sus doctrinas una cosa perfecta y acabada. Sin embargo, no se puede desconocer que una parte de los principios sancionados por el Derecho Civil Internacional moderno, tienen su origen directo en los estudios realizados por los estatutarios. Baste citar, al respecto, el contenido del estatuto personal, el principio *locus regis actum*, la autonomía de la voluntad, la territorialidad de las leyes sobre bienes, etc.

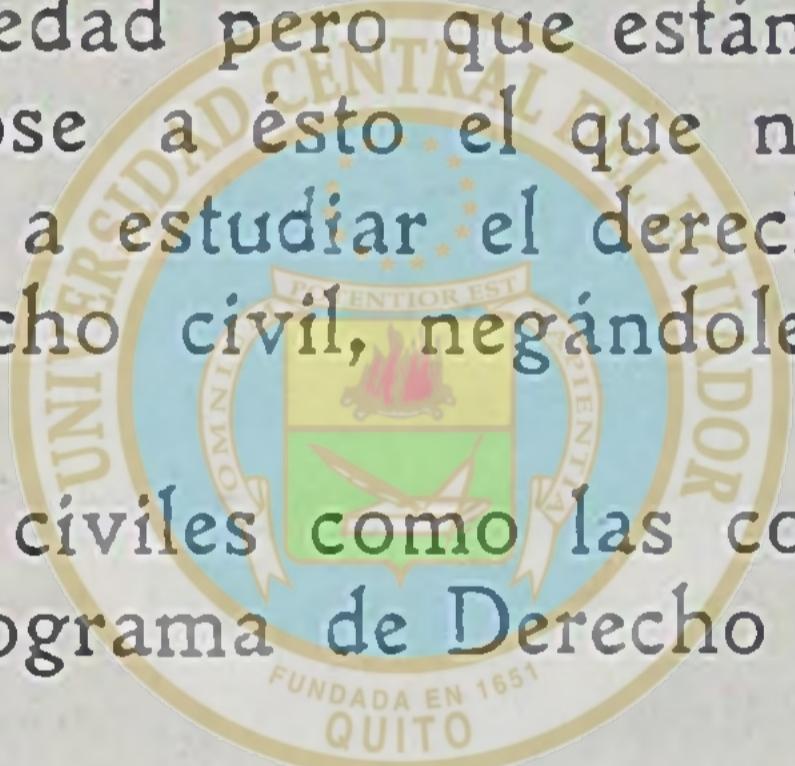
Los estatutarios trabajan, pues, la materia prima del De-

recho Civil Internacional, o, como si dijéramos, su armadura inicial que la evolución jurídica posterior ha estado llamada a ampliarla y vitalizarla, en conformidad con las ideas propias de cada época que representan, en suma, el cuadro completo del progreso científico de los últimos tiempos cuyas inquietudes, a su vez, se plasmarán en nuevas instituciones jurídicas, hasta producir quizás el fin apetecido de una vasta comunidad del género humano.

Estudiadas las escuelas estatutarias resumimos también las teorías alemanas de Waechter, Schaeffner y Savigny, la teoría de la personalidad del derecho de Mancini, y el sistema del profesor Pillet.

Toda esta revisión la referimos exclusivamente a las leyes civiles y comerciales ya que las primeras determinan relaciones jurídicas sobre familia y propiedad, y las segundas, relaciones sobre propiedad pero que están condicionadas por las primeras, debiéndose a ésto el que no pocas tendencias modernas se inclinen a estudiar el derecho comercial como parte del mismo derecho civil, negándole una sustantividad propia.

Tanto las leyes civiles como las comerciales son pues materia propia del programa de Derecho Civil Internacional.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

7.—LA TEORÍA DE LOS ESTATUTOS Y LAS ESCUELAS ESTATUTARIAS.—La teoría de los estatutos, como construcción jurídica de carácter internacional, nace como un adecuado correctivo al criterio de la territorialidad absoluta de la ley que tuvo su explicación sociológica por los elementos específicos que actúan en el feudalismo.

¿Cuáles fueron esos elementos? No podían ser otros que aquellos que rodearon el concepto de soberanía. Siendo el hombre accesorio del suelo y estando vinculada la soberanía a la tenencia en feudo, la regulación jurídica hubo de ser fuertemente territorial.

Weiss sintetiza esta concepción especial del feudalismo en las siguientes palabras: «Por una parte el Estado no debe renunciar, sin abdicar de su independencia, al ejercicio de una jurisdicción excluyente en todo su territorio, extensiva,

por lo tanto, a todas las personas y a todas las cosas que se encuentran en él, sean establecidas o de tránsito. Por otra parte, la potestad legislativa del Estado, se limita a sus fronteras y no puede reclamar fuera de éllas autoridad alguna sobre las cosas o sobre las personas, aún cuando éstas le
tén subordinadas por un vínculo personal».

El mismo autor anota que las ventajas de la territorialidad absoluta consistían en la eliminación de los conflictos de leyes, pero negando toda utilidad y eficacia al Derecho Civil Internacional.

En efecto, con la territorialidad absoluta de la ley no podía haber conflictos de ninguna clase pero, en cambio, se llevaba hasta el último grado de sacrificio la noción de la solidaridad internacional y se hacía poco menos que imposible la permanencia del derecho, sujetando a la persona a una situación tan anómala y tan incierta, incapaz de perpetuarse dentro de las exigencias de la evolución.

La noción de *estatuto* viene, pues, a representar un apreciable progreso dentro de las relaciones jurídicas internacionales, desde que supone una barrera contra el absolutismo de la soberanía territorial, desconocedora de las fuerzas que tendrían que ampliar, en el curso del tiempo, los nexos de interdependencia entre los Estados.

Si se ha razonado en el sentido de que durante el feudalismo no existe la noción de *Estado*, no hay que descuidar también que el criterio de la territorialidad absoluta de la ley, corresponde plenamente a la realidad feudal caracterizada por un aislamiento y un egoísmo que se compadecen con la rigidez del espíritu de aquella época hondamente determinada por la idea del poder fundado en la tenencia de la tierra que explica, además, otra clase de fenómenos sociales, como la servidumbre.

La teoría de los *estatutos*, toma su origen partiendo de dos factores principales que son: 1º. Las realidades jurídicas conflictivas, originadas dentro de una misma soberanía, en razón de la oposición de las legislaciones locales; y, 2º. De esas mismas realidades que no pueden subsanarse, en virtud del rígido criterio de la territorialidad absoluta.

En consecuencia, la oposición de los *estatutos* engendra la necesidad de resolverla; esa necesidad motiva la formación de una teoría y esta teoría es, en sí misma, el ataque más firme a la noción feudal de la soberanía.

Hay que entender, como lo dice Alcorta, que la palabra *estatuto*, servía para determinar las disposiciones legales que regian a los municipios o provincias en la edad media; diferenciándose de la ley, en que ésta dominaba todo el territorio del Estado.

Posteriormente las palabras *ley* y *estatuto* se confundieron. Lo que en Italia se denominó *estatuto*, fué *costumbre* en Francia; y los conflictos de *estatutos* se asimilaron a los conflictos de *consuetudes*. Siendo la costumbre una de las primeras manifestaciones del derecho, no se asiste todavía a la elaboración técnica de la ley, pero, en definitiva, la costumbre reconocida tiene tanto valor como la ley, porque tanto ésta como aquélla no hacen sino transparentar el derecho; y por esta razón, los autores emplean indistintamente los términos *conflictos de leyes* que, en el período inicial de nuestra ciencia son, propiamente, conflictos de costumbres.

Pero es preciso insistir en que, ordinariamente, la ley se reservó para el derecho general o común, y el *estatuto*, para el derecho particular o local (municipios o provincias).

Estos *estatutos* fueron, pues, detenidamente estudiados y su *teoría*, a la vez que representa el origen del desarrollo del Derecho Civil Internacional, es también propiamente, una sistematización general orientada ^{ISAÓ} a la solución de los conflictos de leyes.

Según lo expuesto, conviene conocer el origen de esta *teoría* que traza la distinción de los *estatutos* en personales y reales, y cuyos primeros elaboradores son Bartolo y los postgloradores, para continuar después el análisis de las doctrinas y enseñanzas contenidas en las escuelas que hubieron de desenvolverse posteriormente.

ESCUELA ITALIANA DE LOS POST-GLOSADORES.—En esta escuela, Bartolo es el principal de sus representantes, pero sus más destacados predecesores fueron, entre otros, Belleperche y Jacques de Revigny.

En materia de conflicto de leyes, los post-glosadores partieron del comentario de los textos del derecho romano que, en aquella época, era juzgado como la *razón escrita* y

universal, por excelencia. De modo que utilizaron los trabajos de los glosadores, o sea sus notas apuntadas a los diversos textos de la legislación romana.

Mas, como han expuesto muchos autores con abundancia de pruebas, el derecho romano no contiene reglas para la solución de los conflictos de leyes. Carece, en una palabra, de todo vestigio que permita concretar un sistema de Derecho Internacional Privado. Los glosadores, con sus interpretaciones, estiraron demasiado el análisis de los textos romanos; y así, Accursio, obtuvo encontrar en el Código de Justiniano (Constitución *De Summa Trinitate et catholica*.—Ley *Cunctos Populus*) una norma relacionada con el dogma de la Santísima Trinidad que le dió ocasión para tratar sobre el problema de los límites de aplicación de las leyes. Esta histórica glosa de Accursio, señala la etapa inicial del desarrollo de los conflictos de leyes, como parte integrante del Derecho Civil Internacional.

Los post-glosadores siguieron esta pauta trazando así un camino conocido para las investigaciones posteriores.

Bartolo no es propiamente el creador de la teoría estatutaria; simplemente la desarrolla y se forma un concepto claro acerca de la extraterritorialidad de las leyes, pero haciendo prevalecer siempre la territorialidad como regla general.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

Sus principales conclusiones en materia de conflictos, puede compendiarse en las siguientes:

1^a.—Hay ciertas leyes netamente de carácter personal que deben aplicarse en todas partes y que dominan sobre el estatuto local.

2^a.—El estatuto que permite hacer testamento al hijo de familia y el que no consiente al marido instituir heredera a su cónyuge, no deben aplicarse a los extranjeros que se encuentran en el lugar para el cual han sido dictados esos estatutos.

3^a.—Las disposiciones de carácter prohibitivo señaladas por una ley extranjera, como aquella que prohíbe al marido vender el fundo dotal sin el consentimiento de su mujer, tienen pleno efecto fuera del territorio para el cual se han dictado.

4^a.—En materia de incapacidades, Bartolo las distinguió en favorables y odiosas. Son favorables todas aquellas incapacidades que se fundan en la necesidad de proteger a las

personas, como las determinadas para el menor, para el interdicto, para el pupilo, etc. Estas incapacidades tienen carácter extraterritorial y no pueden neutralizarse por un estatuto extranjero de capacidad.

Las incapacidades odiosas, se deben a una injusticia de la ley y no pueden aplicarse, por lo mismo, sino dentro del territorio para el cual se ha legislado esa incapacidad. Bartolo señala como ejemplo ciertos estatutos que mandan que las hijas no podrán suceder.

5^a.—Los estatutos que atribuyen meras facultades no están sujetos a extraterritorialidad sino cuando estén de acuerdo con la ley romana o con la ley lombarda (derecho común).

Obsérvase pues, según esta doctrina, la necesidad de acentuar la existencia de un grupo de leyes que deben acompañar a la persona, *como la sombra al cuerpo*. Estas leyes serán, pues, extraterritoriales y constituirán la excepción al principio de la territorialidad de la ley.

Pero es indudable que, reconociéndose estatutos reales y personales, la labor difícil está en encontrar una norma fija para poder caracterizarlos y sujetarlos, dentro del campo de los conflictos, ya a la ley local, ya a la ley extranjera.

Los jurisconsultos estatutarios vacilaron profundamente en esta materia que significa la clave misma para la solución de los conflictos; y Bartolo, en presencia de ciertos estatutos de incapacidades odiosas pero de acuerdo con el derecho común, y dominando especiales materias como la sucesión, tuvo que llegar a una conclusión por demás infantil, para distinguir entre el estatuto personal y el real.

Hubo de fijarse en la redacción del estatuto para precisar la naturaleza del mismo; y así sostuvo que cuando comenzare refiriéndose a la persona, sería un estatuto personal, y cuando comenzare refiriéndose a la cosa, sería real.

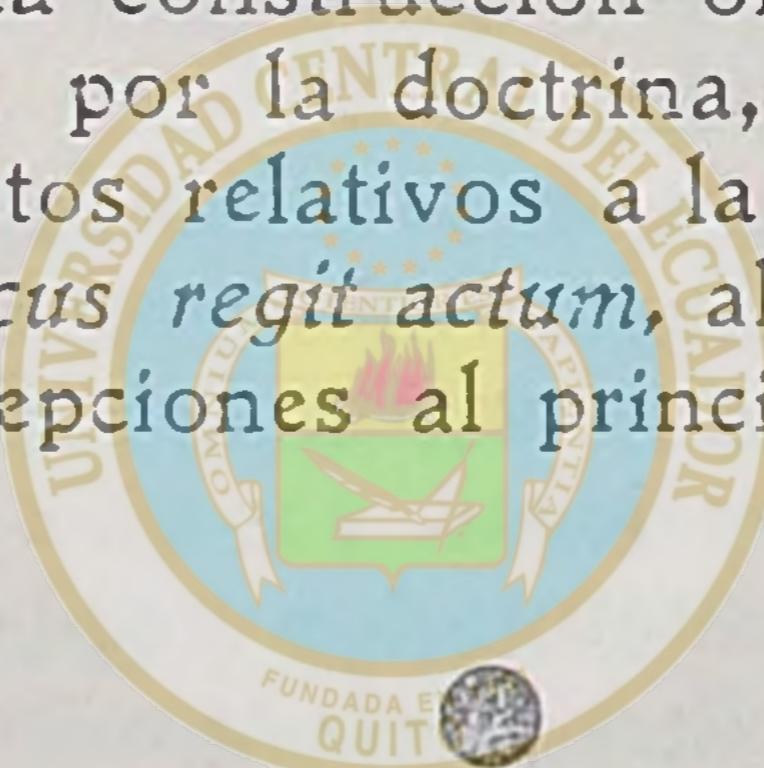
A primera vista podemos rechazar este criterio simplista por carecer absolutamente de fundamento científico, y porque en asuntos pertinentes a los problemas de que se ocupa esta rama jurídica, es menester partir de principios ciertos a los que no puede llegarse sino después de un detenido análisis intrínseco de los elementos medulares de las relaciones jurídicas concretas.

Bartolo, preclaro continuador de sus predecesores, no podía partir de otra base que de la interpretación de los textos romanos; y como ellos no daban, ni mucho menos, los

supuestos esenciales para el planteamiento de los conflictos de leyes, obra estatutaria fué y bastante elemental esta distinción de los estatutos tomando como base las palabras empleadas en su redacción.

Aparte de lo anotado puede atribuirse a Bartolo el mérito de haber puesto en claro la ineludible necesidad —en pleno régimen feudal— de abrir un lugar, dentro de la aplicación de las leyes, al derecho personal, a ese derecho que debe seguir a los individuos *como la sombra al cuerpo*, para dotar de fijeza a los elementos que condicionan la vida misma de las personas y que no pueden quedar en suspenso, bajo pena de herir de muerte los postulados indiscutibles de la convivencia internacional.

Bartolo esbozó también la ley aplicable a la forma de los actos jurídicos, sometiéndola a la consuetudine del lugar de la celebración. Esta construcción originaria ha sido posteriormente ampliada por la doctrina, hasta madurar en los estudios casi completos relativos a la forma de los actos, dentro del principio *locus regit actum*, al que nos referiremos como una de las excepciones al principio de la ley nacional.



ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

ESTATUTARIOS FRANCESES DEL SIGLO XVI.—Los estatutarios franceses de este siglo defienden la teoría de los estatutos y la vitalizan con nuevos elementos que el Derecho Internacional Privado moderno ha ido aprovechando, en su gran capítulo de los conflictos.

Estos jurisconsultos son tres: Dumoulin, D'Argentré y Gui Coquille. Veamos sumariamente sus conclusiones:

Dumoulin, no se aparta de la ley *Cunctus Populus*. Establece la regla de que todas las costumbres son reales, pero admite como excepción el *estatuto personal*; y para diferenciarlo del real prescinde de la solución de Bartolo, dando preferencia a la naturaleza misma del estatuto, de modo que si éste dice relación únicamente a la persona, considerada en sí misma, es personal; y si afecta exclusivamente a las cosas o bienes, es real.

El estatuto personal sigue al individuo lejos de su do-

micilio; el real, regula los bienes que radican en el territorio de la consuetudine.

Tocante a las disposiciones legales que afectan, a la vez, a las personas y a los bienes, Dumoulin no sostuvo un principio invariable y categóricamente definitivo.

En ocasiones se inclinó a admitir que el estatuto de incapacidad de un individuo para disponer de su patrimonio, no debía extenderse a los bienes radicados en un territorio cuyo estatuto local admitiera lo contrario. Conforme a esta solución, ese estatuto de incapacidad podía eliminarse frente al estatuto favorable de la situación de los bienes, para hacer primar la capacidad sobre la incapacidad originaria.

Otras ocasiones, Dumoulin sostuvo la personalidad absoluta de ese mismo estatuto incurriendo así en una contradicción; pues, no se explica por qué la capacidad de enajenar del menor corresponde al estatuto real, y la capacidad de testar del mismo menor, al estatuto personal.

Niboyet, atribuye a Dumoulin la obra de movilización de la doctrina italiana a la que dotó, dice, de un nuevo impulso, sobre todo, en materia de contratos.

En verdad, se debe al jurisconsulto citado la enseñanza de que, en materia de contratos, la voluntad de las partes es soberana, y que élla debe ser la que indique la ley a la que los contratantes han querido someter el cumplimiento de sus obligaciones; de modo que para los jueces sea el contrato mismo la fuente en la que debieran encontrar la legislación aplicable, en nombre del principio de la *autonomía de la voluntad* que Dumoulin la admite aún en forma tácita, haciendo interesantes aplicaciones a la comunidad legal entre cónyuges.

Así como Bartolo, Dumoulin admitió también que la forma exterior de los actos jurídicos debe someterse a la ley del lugar de su celebración.

D'Argentré.—Los estudios de este jurisconsulto parten de sus comentarios realizados al Art. 218 de la costumbre de Bretaña que permitía «a toda persona dotada de buen sentido, dejar el tercio de su herencia a otra que no sea heredera suya, siempre que no lo haga en fraude de los demás herederos».

¿Deberían comprenderse en la cuota disponible los bienes inmuebles situados fuera del territorio de Bretaña?

D'Argentré, partiendo de la regla de que toda costumbre es territorial, mostróse poco inclinado a aceptar la teoría de

la personalidad de la ley, discrepando en esto — así como en materia de convención tácita — con el pensamiento de Du-moulin, con quien hubo de sostener interesantes polémicas.

Se debe a D'Argentré la distinción de las leyes sobre capacidad, especificándolas en dos grupos: leyes de capacidad general y leyes de capacidad particular. Respecto a las primeras, éllas son de carácter personal o sea extraterritorial, *en todos los casos en que no tengan ningún efecto sobre los bienes*. Tocante a las segundas, ellas son siempre reales o territoriales. Cita como ejemplos las costumbres que determinan la mayoría de edad para los individuos.

Estas costumbres, dice, siguen a la persona lejos de su domicilio. En cambio, otras, como las que prohíben al marido hacer una liberalidad a su mujer, son costumbres esencialmente reales porque señalan una incapacidad de carácter particular.

No deja de hacer excepciones a este principio, cuando establece que ciertas costumbres a pesar de regular la capacidad general no tienen, empero, el carácter de estatutos personales.

Tal cosa ocurre con la legitimación de un hijo natural, por rescripto del príncipe. Esta legitimación parece, a primera vista, que no afectara sino al estado civil del hijo legitimado, pero en la realidad de las cosas, la legitimación tiene efecto inmediato sobre el derecho sucesorio, mezclándose así el carácter real con el personal.

En todos los casos en que se concretan leyes de esta clase, D'Argentré quería someterlos al *estatuto mixto*, cuya aplicación debía hacerse sobre los bienes situados en el territorio, haciendo caso omiso del domicilio del dueño.

Como observaciones de fondo a la teoría enunciada, podemos hacer las siguientes:

1^a.—Sí en teoría puede sostenerse la distinción entre leyes de capacidad general y de capacidad particular es, en cambio, muy difícil juzgar, en cada caso, cuando una ley de capacidad general no ha de tener ningún efecto sobre los bienes, cuando un efecto mínimo o un efecto mayor. Esta investigación conduciría, indudablemente, a graduar la personalidad del estatuto, de tal modo que un estatuto, en principio personal, podría aplicarse como real.

2^a.—Es muy difícil asegurar en qué casos se ha querido legislar sólo para la capacidad en abstracto, con prescindencia

absoluta de las cosas, pues, toda capacidad y todo estado dan una calidad jurídica que se valora en relación con los actos del capaz o incapaz, advirtiéndose que dichos actos pueden recaer sobre bienes, de modo ordinario.

3^a.—El llamado *estatuto mixto*, aplicable a las sucesiones, es muy discutido y con razón Alcorta pregunta: «¿Cuándo se consideraría un estatuto como mixto? Para D'Argentré era estatuto mixto aquel que abarcaba la persona y la cosa conjuntamente; y para Voet lo era todo el que se refería a la forma de los actos. La división no fué seguida sino excepcionalmente, y combatida por los escritores de su tiempo y aún por los modernos, no ha tenido mayor importancia como no la tuvo la división de Stryck en *odiosa* y *favorabili*a».

Gui Coquille.—En la obra de Weiss vemos claramente expuestas las conclusiones a las que llegó este estatutario y que, en síntesis, son las siguientes:

1^a.—No se puede admitir la regla de que todas las costumbres sean reales.

2^a.—Para fijar la naturaleza del estatuto, hay que atender a la intención del legislador.

3^a.—La realidad de las costumbres queda reducida a una mera excepción.

Al llevar a efectividad estos postulados, incurrió *Gui Coquille* en algunas contradicciones que no hacían sino poner de manifiesto lo deleznable de los criterios en que fundaba su teoría.

Respecto a las sucesiones, por ejemplo, no cabe dudar que éllas han sido establecidas por la ley en beneficio de las personas y que, por lo mismo, según la regla general deberían someterse al sistema de la personalidad. *Gui Coquille* admite la realidad del estatuto sucesorio y da una solución contraria cuando se trata de averiguar si una persona con domicilio en el territorio de la costumbre nivernesa puede dar a su esposa, en propiedad, bienes situados bajo la costumbre de París, por donación, advirtiéndose que esta última costumbre no admite esta liberalidad sino un mero usufructo.

ESCUELAS HOLANDESA Y FLAMENCA DEL SIGLO XVII.— Nos vamos a referir solamente a los siguientes tres juríscitos que, en nuestro concepto, son los principales representantes de estas escuelas:

Bourgoigne.—Son fundamentales conclusiones suyas, las siguientes:

1.^a—La persona es un mero accesorio de los bienes que le pertenecen.

2.^a—En consecuencia, las personas no predominan sobre las cosas, sino al contrario.

3.^a—Las cosas imponen su estatuto a las personas.

4.^a—Admite como excepcional un estatuto personal para el estado y la capacidad de los individuos.

5.^a—Limita al minimum la aplicación extraterritorial de las costumbres.

Estudiando la teoría de Bourgoigne podemos hacer mención del siguiente caso que dicho estatutario contempla:

Un individuo mayor de veinte años, domiciliado en Gante, para cuya ley es menor, vende sin autorización competente una finca situada en Hainaut. La costumbre de este último lugar reviste de validez la venta del menor de edad mayor de veinte años.

¿Cuál de las dos costumbres debería preferirse? Si la incapacidad del menor se hace depender del estatuto personal, es claro que esa incapacidad deberá seguirle a donde quiera que traslade su domicilio y, por lo mismo, la venta no podrá, en ningún caso, ser válida, a pesar del estatuto favorable que rige en el lugar de la situación del inmueble.

Esta no es la solución de Bourgoigne. Para él, es preciso distinguir entre la convención y la enajenación misma. El menor incapaz de obligarse según la costumbre de Gante, origina una convención nula. Pero, de esta convención resulta la enajenación de un inmueble situado en Hainaut, y si la enajenación está seguida de la tradición, aquella será completamente válida y habrá también trasmisión válida del dominio.

Lo que resulta simplemente, dice, es que el individuo en cuyo favor se obligó el menor, no tiene contra éste acción personal, pero esto no supone que la enajenación misma esté llamada a no producir ningún efecto.

Conclusiones directas de este razonamiento, y en lo que afecta a los conflictos de leyes, son:

- a) Es personal todo estatuto que origina acción personal.
- b) Es real, todo estatuto del que emana una acción real.

En la convención de enajenar distingue la obligación personal que la somete a la costumbre del domicilio del enajenante. Conforme a ésta, la convención será nula porque el menor no pudo obligarse. La enajenación misma será válida porque se ha cumplido con los requisitos señalados por la ley de la celebración.

¿Qué podemos observar con respecto a este punto de vista? Llamamente podemos afirmar que se trata de la dislocación de una integridad jurídica.

La enajenación de bienes inmuebles es un acto ordinario dentro de la vida del derecho. Para que ese acto sea válido es indispensable considerar los requisitos que corresponden al enajenante y los requisitos que debe reunir la cosa que va a ser objeto de la enajenación, etc.

La capacidad es requisito del enajenante; su falta, claro es, hará vacilar el acto mismo que es la enajenación, sin que quepa convención nula y enajenación válida o viceversa, convención válida y enajenación nula. Esta diferencia, a pretexto de distinguir las obligaciones en personales y reales y someterlas a un estatuto o a otro, rompe la noción integral de los actos jurídicos que no pueden considerarse en abstracto, prescindiendo de los individuos que en ellos actúan.

Rodenburgh.—Se caracteriza por la crítica contra los puntos de vista admitidos por Bourgoigne. No puede considerarse a una misma persona, dice, como capaz e incapaz de intervenir en un mismo acto. Jurídicamente es inaceptable la distinción entre contrato y enajenación, asignando nulidad al uno y validez a la otra. Todo incapaz para contratar, lo es, igualmente, para enajenar. Sin embargo acepta el criterio de la realidad de las costumbres señalando como excepción las leyes relacionadas con la persona, a las que asigna un carácter extraterritorial.

Juan Voet.—Antoine Pillet, en su *Traité Práctique de Droit International Privé*, Tomo I, resume así los puntos esenciales de la doctrina de Juan Voet:

Nos dice que dicho estatutario escribía en los comienzos del siglo XVIII y que, por lo mismo, aceptó la clasificación de los estatutos tal como se la había elaborado en su tiempo, denominando personales a los que tenían por objeto el esta-

do universal o casi universal de la persona, sin resonancia sobre los bienes, a menos de considerarse a éstos como cumpliendo un papel meramente accesorio como en los casos relacionados con la nacionalidad, la nobleza, la infamia, la capacidad testamentaria, la condición del menor o de la mujer casada, la interdicción del pródigo, la aptitud o inaptitud con respecto al ejercicio de ciertas profesiones.

Dice Pillet, con razón, que en esta enumeración, el derecho público está mezclado con el derecho privado.

Son estatutos reales para Voet, aquellos que, en el espíritu de sus autores, tienen por objeto, sobre todo, los bienes, como en los casos de las sucesiones, de la prohibición o admisión de las donaciones entre esposos, de la comunidad conyugal, etc.

Son estatutos mixtos los que conciernen a la forma de los actos.

Desde el punto de vista de los efectos jurídicos de los estatutos, la doctrina de Voet se manifiesta radical cuando admite que los estatutos sean reales, personales o mixtos, su efecto no puede pasar del territorio en el cual ellos se encuentran en vigor.

Razona largamente este jurisconsulto acerca del carácter de la soberanía, haciendo hincapié en que élla es exclusivamente territorial y que, por lo mismo, las leyes no pueden tener naturalmente otro carácter que el real.

Pillet manifiesta que semejante lógica no permite la solución de los conflictos pues encontrándose el hombre bajo el imperio de una ley, sea por la situación de sus bienes, sea por su domicilio, sea por una simple residencia, es indudable que no podrán aplicarse todos estos estatutos pertinentes, a la vez, y que, en fin de fines, el juez tendrá que aplicar su propia ley bajo pretexto de realidad, lo cual sería la destrucción de toda justicia en la solución de los conflictos.

En consecuencia, vemos en la doctrina de Juan Voet la influencia de las ideas de su época concretadas sobre el carácter de la soberanía que motiva la realidad de las leyes y que, refiriéndose éstas, ya a las personas, ya a las cosas, tienen una aplicación netamente territorial.

Las fallas de tal razonamiento se originan del hecho de partir puramente de un punto de vista nacional, de modo que, si desde este punto, el razonamiento puede aparecer lógico, se desvanece considerablemente si se tiene en cuenta el pun-

to de vista internacional. En este aspecto fracasaron los estatutarios, porque al tratar de los efectos de cada estatuto, no pudieron mantener uniforme ya el carácter personal, ya el carácter real, originándose así considerables vacíos en las respectivas doctrinas.

ESTATUTARIOS FRANCESES DEL SIGLO XVIII.—*Boullenois*. Sus principales conclusiones son las siguientes:

1^a.—Los estatutos son siempre de dos categorías: personales y reales.

2^a.—En caso de duda acerca de la calidad de un estatuto, debe presumirse que es real.

3^a.—La calidad de un estatuto debe precisarse teniendo en cuenta dos elementos primordiales: el objeto esencial del estatuto y la intención del legislador.

4^a.—Son estatutos personales, en principio, los que legislan sobre el *estado* y la *condición* de las personas.

5^a.—Es preciso distinguir entre *leyes personales universales* y *leyes personales particulares*.

6^a.—Las primeras, como las relativas a la mayor edad y a la emancipación, acompañan al estado de las personas y para todos los actos de la vida civil. Las últimas no afectan a la condición y a la capacidad, sino tocante a un acto determinado (leyes que permiten testar, o que prohíben a la mujer garantizar en deuda ajena).

7^a.—Las leyes personales universales son extraterritoriales y tienen efecto aún sobre bienes situados fuera del territorio para el que han sido dictadas.

8^a.—Las leyes personales particulares tienen el mismo efecto, cuando hacen abstracción de los bienes.

9^a.—Las leyes reales no se aplican fuera de la soberanía del legislador.

10.—Los elementos de validez de las convenciones, se rigen por la ley del domicilio de los contratantes, tocante a la capacidad. La naturaleza, formación y requisitos extrínsecos se someten a la ley de la celebración. Los efectos de las convenciones sobre los bienes se regulan por la *lex rei sitae*.

11.—Boullenois rechaza de modo definitivo la existencia de los llamados *estatutos mixtos*.

Pillet, en la obra anteriormente citada, dice:

«Para quien quiere entrar en el detalle de las cuestiones de conflicto susceptibles de presentarse, Boullenois es el mejor guía. Está lleno de ciencia y de ideas. Yo creo que sería fácil demostrar que Savigny ha experimentado poderosamente su influencia. Nos parece, además, que Boullenois no tiene en nuestros días la reputación que corresponde a su mérito».

Efectivamente, por las conclusiones que acabamos de apuntar, es fácil darse cabal cuenta de que Boullenois es uno de los mejores estatutarios. No descuida ninguno de los aspectos concernientes a los conflictos, analizándolos con especial interés y señalando reglas precisas que han servido de base a las investigaciones de muchos tratadistas modernos y contemporáneos.

Bouhier.—El mismo Pillet recoge ordenadamente las enseñanzas del autor de las *Observaciones sobre la costumbre de Borgoña*. Nos dice que Bouhier habla de la personalidad fundada sobre alguna causa pública y que explica que los estatutos concernientes al bien universal de los pueblos, a las buenas costumbres y a la honestidad pública deben extenderse fuera de su territorio. Cita como ejemplo la inalienabilidad dotal, según el alcance del senado-consulto Valezano.

En cuanto a la forma exterior de los actos asegura que la regla que permite realizar válidamente un acto siguiendo las formas del país en que ha sido hecho, es un estatuto personal.

Pillet indica que éste es un error evidente ya que los prácticos queriendo siempre que los derechos obtenidos con ayuda de las formas locales, fueran reconocidos por todos, no tenían más recurso que incorporar la regla *locus regit actum* en el estatuto personal. Aparece evidente que la ley del domicilio sería la que mejor regule las formas y la que también acompañe a la persona a todo lugar.

En materia de conflictos entre estatutos reales y personales, esta doctrina da preferencia a los primeros justificándose por razones que no dan suficiente luz en el asunto.

Bouhier, finalmente, extiende el campo del estatuto personal y aún más, se inclina a admitir que, en caso de duda

acerca de la naturaleza de un estatuto, debe considerarse como personal, fundándose en tres motivos: supremacía del hombre sobre las cosas, razones de utilidad general y autoridad del derecho romano. No llega a concretar el contenido preciso del estatuto personal, al que da singular importancia, pero establece que las leyes que regulan la capacidad general o particular de las personas son de carácter extraterritorial.

Froland.—Este estatutario escribió las *Memorias concernientes a la calidad de los estatutos* y en ellas siguió la división de los estatutos en reales, personales y mixtos, según que conciernen a la cosa, a la persona o a ambos elementos conjuntamente.

Para la determinación misma, o sea para fijar cuándo un estatuto concierne a la cosa, a la persona o a ambos elementos, indica que en los casos en que el estatuto personal ejerce influencia decisiva sobre los bienes, debe considerarse como real, citando como ejemplos la comunidad entre esposos y la fijación de la mayor edad.

Por una derogación análoga los inmuebles quedarían sustraídos al imperio del estatuto real en los casos en que hagan parte de alguna convención permitida, a menos que en el lugar de la situación exista una costumbre de carácter netamente prohibitivo.

Recíprocamente, el estatuto personal es aquel que tiene por objeto la persona y no la cosa. Este concepto, como aparece a primera vista, reproduce las dificultades que se presentan al determinar el estatuto real, teniéndose que recurrir a la interpretación de la voluntad del legislador que para el mismo Froland es un recurso insuficiente.

Prefiere llamar estatuto real a la costumbre del lugar en que la cosa está situada y que no tiene ningún efecto fuera de su territorio. El estatuto personal sigue a la persona a todo lugar a que ella juzgue oportuno transportarse y se aplica aún sobre bienes situados bajo el imperio de costumbres menos ríguras.

De un modo general, Froland se preocupa de los casos especiales. Analiza la posibilidad de que los estatutos admitan derogaciones por los particulares interesados y, en fin, establece que el estado general de la persona (mayor edad, interdicción, emancipación, infamia, legitimidad) adquirido

bajo el imperio de un estatuto determinado, no se pierde por el hecho de un simple cambio de domicilio.

En lo relativo al estatuto de la comunidad —dice Weiss— Froland parece haber tenido cierta dificultad para sustraerse a la influencia de las ideas de D'Argentré. En efecto acepta que «la intención de las partes no es lo que debe fijar la resolución del magistrado. Lo único que le incumbe examinar es su poder, esto es, si a las partes les ha sido permitido hacer estipulaciones a su agrado respecto de sus intereses y que pudieran anular las disposiciones sagradas de nuestras costumbres».

Weiss concluye que Froland se inclina visiblemente a aceptar que la comunidad legal y aún la convencional no pueden ampliarse a los bienes situados bajo el imperio de una costumbre que no las admita.



Se ha procurado exponer, de modo breve, la teoría de los estatutos, dentro de las diferentes escuelas. Hacen falta ciertas observaciones generales que servirán para apreciar en conjunto esta importante elaboración histórica de carácter jurídico proyectada hasta nuestros tiempos.

José Matos, en su *Curso de Derecho Internacional Privado*, y refiriéndose a la teoría estatutaria, dice: «por la breve exposición que hemos hecho de esa teoría, podemos darnos cuenta de los esfuerzos que vinieron haciendo para vencer la influencia poderosa de la tradición feudal, que dió supremacía al principio de la territorialidad de las leyes, para sustituirlo, hasta donde fuere posible, por el principio de la personalidad o al menos conseguir para éste una mayor extensión en sus aplicaciones. Los jurisconsultos estatutarios se convencieron que no era posible mantenerse dentro de los estrechos límites de la territorialidad, pero quisieron abarcar todas las diversas manifestaciones de la vida jurídica dentro de la división de estatutos reales y personales, sin llegar nunca a formular una regla cierta para la aplicación de uno u otro, por más que con tal fin desplegaron, en interminables controversias, todo género de sutilezas y esfuerzos de ingenio

que resultaron las más de las veces impotentes del todo para dar solución a los problemas planteados».

Nunca será bien reconocida la obra de los estatutarios. Ellos movilizaron el derecho, aun cuando sea en nombre de la *comitas gentium* o cortesía internacional. Fueron los fundadores de nuestra ciencia y les corresponde, indudablemente, el mérito de haber innovado en materias jurídicas haciendo retroceder el principio excluyente de la territorialidad de la ley; y se debe a los estatutarios todo un gran patrimonio de investigación para determinar el contenido del estatuto personal y del real.

No importa que se hubiesen aferrado a la clasificación de los estatutos; ni es sancionable su valiente dialéctica para la aplicación de cada uno de ellos. La verdad es que el derecho moderno les debe mucho, debiéndose, por ello, acatar con benevolencia sus enseñanzas, dispensando sus lagunas y errores producidos por el medio mismo en que actuaron estos primeros caballeros armados del Derecho Internacional Privado.

Así, cuando Weiss rechaza la teoría de los estatutos diciendo que carece de base jurídica y de certeza y que corresponde a un pasado que no revivirá, Estanislao Zevallos en las notas puestas a la obra de dicho autor opina que su juicio es demasiado severo; y nos hace ver claramente que los estatutarios prepararon en el seno mismo del despotismo el advenimiento de las dos grandes escuelas del siglo XIX: la de Savigny y la Mancini.



8.—DOCTRINAS MODERNAS.—Waechter.—Sus primeros estudios acerca de la colisión de las leyes privadas datan de 1841.

Sostiene este autor que el juez debe dar a los conflictos la solución que su ley interior mande darla. Si esta ley interior no le suministra ninguna decisión previa sobre el conflicto de que se trate, deberá inspirarse en el sentido y en el espíritu de sus leyes interiores relativas a la relación de derecho que ha motivado el conflicto y escoger, de acuerdo con aquélla, la ley aplicable. A falta de este último recurso

debe el juez dar preferencia a su propia ley porque ésta es, a sus ojos, la sola regla que posee un verdadero valor.

Waechter es uno de los primeros autores modernos que se pronuncia por la sumisión de la sucesión toda entera al imperio de la ley del domicilio del difunto y se inclina abiertamente, según el decir de Arminjon, a someter todas las relaciones jurídicas a la ley del país al cual pertenece el tribunal que conoce del asunto. La misión de este tribunal no es otra que la de conformarse a las prescripciones del legislador que rige el territorio en cuyos límites ejerce su jurisdicción.

Si esta ley interpretada no solamente en su texto sino en su espíritu, somete la relación jurídica en causa a una ley extranjera, el juez debe aplicar esta última porque élla ha sido prácticamente incorporada a la *lex fori*,

En materia de régimen nupcial de extranjeros casados sin contrato, Waechter se pronuncia por la autoridad de la ley del domicilio, fundada sobre la voluntad de las partes, con excepción de las leyes prohibitivas o imperativas.

Schaeffner.—Este autor no propugna la ley del juez o *lex fori*. Después de rebatir los anteriores sistemas encaminados a la solución de los conflictos de leyes y concluir que ninguno de ellos es suficiente como medio único para resolver las múltiples dificultades que se presentan en el campo de las colisiones, admite como regla la de que *toda relación de derecho debe ser juzgada conforme a las reglas jurídicas del lugar en que ha nacido*.

Después de esta formulación entra a considerar las aplicaciones a los diversos elementos de la relación jurídica. Tocante al estado general y capacidad de la persona debe aplicarse la ley del domicilio.

Con respecto a los bienes es preciso distinguirlos en función de la relación en que actúan. Así el patrimonio considerado como un todo, debe someterse a las leyes del domicilio del propietario. Si el patrimonio es susceptible de diferenciarse en bienes muebles e inmuebles que no se manifiesten naturalmente como una unidad, la ley de la situación rige para los inmuebles y la de la persona, para los muebles.

Con respecto a los actos jurídicos, hay que distinguir en ellos su forma y su contenido. La forma, por regla general, se somete a la ley de la celebración, exceptuando ciertas formas que se imponen de una manera absoluta. Tocante al

contenido hay que referirse, en primer lugar, a la capacidad en general y a la capacidad para un acto determinado. No hay que olvidar, además, la ley de ejecución del acto y las leyes bajo cuya soberanía se encuentre el objeto a que el acto hace referencia. Para estas diversas materias no analiza suficientemente Schaeffner la ley de aplicación.

Alcorta recuerda las críticas formuladas contra esta teoría. Para Savigny, por ejemplo, el lugar del nacimiento de la relación de derecho no puede determinar exclusivamente la ley aplicable.

Para Mancini, el principio de Schaeffner es incierto, desde que la relación de derecho puede haberse formado en diferentes lugares, como se observa cuando la cosa radica en un lugar, la promesa se realiza en otro distinto y las personas corresponden, por su nacionalidad, a un último lugar diferente. Se presentaría, en consecuencia, la necesidad de resolver, ante todo, el asunto referente a cuál debe ser considerado como el lugar en que ha tenido nacimiento la relación jurídica, cuestión no muy fácil de obtener, excepto en el derecho interno en que es posible concretar dicho nacimiento, por haberse proyectado la relación jurídica dentro de una misma soberanía política; pero en el orden internacional, espaciados todos sus elementos, no hay cómo dar preferencia a determinado lugar, haciéndose, por lo mismo, problemas muy complejos el de la precisión del nacimiento de la relación jurídica y el de la ley aplicable.

Savigny.—Podemos denominar fundamental a la doctrina sustentada por este célebre jurista alemán. Estudiada y analizada a fondo ha logrado imponerse en no pocas legislaciones, llegando a convertirse en una de las columnas más fuertes del Derecho Civil Internacional. Junto a la teoría de Mancini puede decirse que informa la directiva de los dos sistemas preponderantes en el derecho moderno.

El jefe de la escuela histórica desarrolló en el tomo VIII de su obra *Sistema del Derecho Romano actual* su teoría de Derecho Internacional Privado con nuevas orientaciones para esta importante ciencia.

No cabe dudar de que Savigny representa la culminación en el acervo de las investigaciones jurídicas, tomando todo el proceso científico anterior que logra cristalizarlo en principios definidos. Su preocupación es también la de buscar una fórmula general de bastante flexibilidad que permita abar-

car todas las relaciones jurídicas. Pero el análisis suyo está emancipado de la tradición en el sentido de prescindir de la antigua rigidez clasificadora de los estatutos.

La regla general del autor alemán puede formularse así: *Los jueces, en presencia de un conflicto de leyes, provenientes de diversos Estados, deben ahondar en el estudio de la relación jurídica de que se trate, y descubierta su naturaleza especial, deben aplicar la ley que sea más conveniente a la naturaleza de dicha relación, aunque esa ley fuera una ley extranjera.*

El fundamento para la aplicación de las leyes extranjeras nace, en la teoría de Savigny, no de un criterio variable y antojadizo como la *comitas gentium*, sino de un criterio real y permanente como la *comunidad jurídica*, que no pocos autores han dejado de objetar, advirtiendo que en las ideas del jurisconsulto alemán difícilmente se alcanza a recoger el verdadero pensamiento de lo que dicha comunidad significa o representa.

La *comunidad jurídica* no puede fundarse sino en el consentimiento recíproco de los diversos Estados. Esa comunidad exige la admisión y la aplicación de las leyes extranjeras, para salvar el carácter de la ley en general, cuya regulación integral no puede truncarse por la voluntad de ningún pueblo. El derecho es universal y su libre proyección en el espacio es el requisito esencial de la justicia realizada entre pueblos de una misma cultura, de unas mismas ideas que alimentan y desarrollan este hecho innegable de la *comunidad jurídica*.

¿Qué acepción podríamos dar a esta comunidad? A primera vista, hay dos posibilidades de explicarla. ¿Se trata de una solidaridad natural fundada en la semejanza de las instituciones jurídicas de modo que cada pueblo reconozca espontáneamente el hecho de esa comunidad por la exigencia de dar valor permanente y eficacia constante a esas mismas instituciones?

En este sentido, la *comunidad jurídica* puede decirse que existe realmente, pues no hay pueblo alguno que no consagre en su derecho instituciones fundamentales como la de la familia, el régimen de los bienes, la sucesión, la donación, etc. De modo que la admisión de una ley extranjera, aceptada recíprocamente por los Estados, no haría sino vitalizar y dar fuerza a la proyección del derecho en el espacio, sin mutilar su alcance y su contenido real.

En otra acepción, la *comunidad jurídica* puede tomarse,

en sentido más amplio, como la vasta asociación del género humano que ha ido elevándose en la historia desde la tribu más primitiva hasta la última etapa de desarrollo que sería la del Estado universal. Este, seguramente, no es el concepto de Savigny porque si hubiera fundado el Derecho Internacional Privado en la comunidad del género humano, habría partido de un supuesto ilusorio; pues, si bien puede decirse que el Estado universal será la meta de la evolución humana, en cambio, la realidad presente no parte de otro criterio que el de la coexistencia de Estados, cada uno con su propia soberanía y autoridad para dictar leyes que coinciden, pese a su diversidad, en los rasgos fundamentales de las instituciones que regulan.

Este denominador común ha creado naturalmente, en nuestro concepto, esa especie de *comunidad jurídica* de la que parte Savigny para desenvolver su importante doctrina.

Valery indica que el sistema de Savigny se edifica sobre dos ideas fundamentales que son: la de aplicar a la relación jurídica en conflicto la ley que más se compadezca con su naturaleza; y la de señalar, como realización de la justicia, la aplicación de la ley más conveniente, en virtud de los derechos y deberes recíprocos que corresponde ejercitar a los pueblos civilizados.

Determinar la naturaleza de la relación jurídica es, en definitiva, fijar su *asiento*. Torres Campos estudiando este aspecto, dice: «El asiento de la relación jurídica, admitiendo que pueda ser distinguido, se halla, a veces, no en un solo lugar sino en varios y, por lo mismo, debe buscarse otro criterio que supla y que nosotros hemos encontrado en la fuerza. Entre alguna circunstancia accidental y transitoria que pudiera tenerse en cuenta y una circunstancia real y permanente, hemos optado por la última».

Semejante a este punto de vista es el de otros autores que, refiriéndose a las dificultades inseparables de fijar el *asiento* de la relación jurídica encuentran, sin embargo, que la doctrina de Savigny precisa como una realidad permanente la *comunidad jurídica de las naciones*.

Aclarada la idea de esta comunidad, recordamos los principales aspectos del sistema de Derecho Internacional Privado del autor que estudiamos:

El juez debe aplicar la ley más conveniente a la naturaleza de la relación que ha producido el conflicto. Esta ley

deberá aplicarse aún cuando provenga de un legislador extranjero. El fundamento de la aplicación de las leyes extranjeras radica en la comunidad jurídica que motiva derechos y deberes reciprocos entre los Estados.

Si el juez que investiga el *asiento* de la relación, descubre una ley aplicable contraria a las normas de su soberanía y de su organización social, no aplicará dicha ley sino la suya propia. Las leyes prohibitivas fundadas en razones de orden colectivo obligan a todos los que habitan en el territorio del Estado, sean nacionales o extranjeros.

Para fijar la excepción del orden público, Savigny establece dos grupos de leyes: en el primero coloca las leyes positivas y obligatorias; en el segundo, las relacionadas con instituciones que no reconoce la legislación del juez.

Las leyes de carácter imperativo están, a su vez, subdivididas en dos categorías: unas que garantizan los derechos del individuo y otras que salvaguardian los intereses públicos. Entre las primeras señala las que establecen incapacidades, en razón de la edad, y entre las últimas, las que prohíben la poligamia.

El sistema más adecuado para regular el derecho personal, es el del domicilio y a éste deben someterse el estado y la capacidad de los individuos, pero con la excepción de las leyes prohibitivas.

Los derechos de la persona con respecto a los bienes, el modo de adquirirlos y disponerlos, deben sujetarse a la *lex rei sitae*, sin hacer ninguna distinción entre bienes muebles e inmuebles. De la misma manera la sucesión debe regirse por la ley del domicilio del causante.

En materia de obligaciones, Savigny distingue las formas exteriores del acto, su validez intrínseca y los efectos. Las formas se regulan por la ley del lugar de la verificación, la validez y los efectos se someten a la ley del domicilio del deudor, a menos de existir en contrario una voluntad clara o una necesidad resultante de la *naturaleza de las cosas*.

Niboyet, expresa su punto de vista contra este concepto, en la siguiente forma: «Además como existen numerosas relaciones que el mismo Savigny no logra situar mediante este sistema, dicho autor y sus discípulos, sobre todo, tratan de solucionar este punto recurriendo a la *naturaleza de las cosas*. He aquí el punto débil de su doctrina, pues deja el camino libre a todas las incertidumbres y a todas las supo-

siciones. La naturaleza de las cosas, es una noción vaga que no conduce a ninguna solución precisa. Anteriormente los post-glosadores habían incurrido en el mismo error. Este criterio que, en opinión del jurista alemán, estaba destinado a clasificar las leyes, ha conducido al más puro impresionismo jurídico. En efecto, de la naturaleza de las cosas, cada uno tiene su opinión propia; y esto es precisamente lo que nos da la explicación del por qué los sucesores de Savigny, no obstante haber invocado la autoridad del maestro, hayan dado a los conflictos de leyes las soluciones más divergentes. Así, por ejemplo, esta naturaleza de las cosas ha conducido a unos a considerar como legítima la competencia de la ley del domicilio, en materia de estatuto personal, mientras que otros se han decidido por la de la ley nacional».

Rolin anota la siguiente crítica: «Savigny nos dice que este derecho (el Internacional Privado) reposa sobre la comunidad jurídica entre las naciones y más lejos, que esta comunidad es el resultado de un acuerdo entre las naciones. ¿Es distinto hacer reposar el derecho internacional privado sobre el consentimiento recíproco que vincularlo al sistema de la cortesía? Añade, es verdad, que este acuerdo no es el efecto de una pura veneficencia, el acto revocable de una voluntad arbitraria sino, más aún, un desenvolvimiento propio del derecho, siendo por ésto que puede ser considerado como repudiando la teoría de la cortesía. Pero es menester convenir que esto es muy vago..... La explicación de estas contradicciones, al menos aparentes, nos parece que es la distinción que es necesario hacer y que Savigny no ha trazado clara y nítidamente, entre el Derecho Internacional Privado positivo y el Derecho Internacional Privado natural».

Estanislao Zeballos, ferviente admirador de Savigny dice, al contrario, que su teoría ha realizado la fórmula del supremo ideal humano de la unidad jurídica dentro de la diversidad de los efectos y que treinta y cinco y más años de aplicación legal diaria en el campo moderno más vasto de experimentación del derecho internacional privado, fundan definitivamente su prestigio.

Con lo que se deja expuesto, se puede ya formar un juicio acerca de las enseñanzas del célebre jurisconsulto alemán cuya obra, en concepto de Pillet, es infinitamente menos rica

que la de Waechter, pero teniendo sobre élla una superioridad filosófica indiscutible.

Savigny ha sostenido la ley del domicilio como reguladora del estado y capacidad de las personas. Nos limitamos aquí a señalar esta conclusión porque el análisis de las ventajas e inconvenientes sólo podrá hacerse una vez que se conozca la teoría de la personalidad del derecho, para comparar las dos y explicar las causas por las que, en nuestro concepto, hemos preferido el sistema de la ley nacional como más adecuado con la estabilidad jurídica de los individuos, con las excepciones que se estudian más adelante.

Numerosos han sido los partidarios de Savigny. Este autor ha logrado formar una escuela definida que se ha ido asegurando a medida que han sido mayores las críticas formuladas contra su fundamento.

En Alemania, von Bar, formó un sistema de combinación con las doctrinas de Waechter y Savigny.

Brocher, jurisconsulto suizo, desenvolvió la teoría de la comunidad jurídica, extendiéndola al mundo entero para efectivar la libertad y arbitrar los mejores medios de armonía entre las diversas legislaciones.

Para Brocher todo derecho tiene su origen en virtud del concurso de dos factores: el hecho y la ley. El hecho es la consecuencia de determinadas circunstancias y la ley que lo reconoce es la manifestación del poder soberano del Estado. La precisión de los derechos adquiridos requiere la fijación anterior de un problema de competencia legislativa para encontrar el principio más adecuado a la regulación del hecho al cual debe aplicarse el derecho. Este procedimiento está indicado por la naturaleza misma de las cosas.

Es preciso asegurar al individuo, continúa Brocher, la plena garantía de sus derechos, tanto en la patria propia como en cualquier lugar extranjero. Para llegar a este resultado no hay que descuidar los siguientes principios: 1º.—Que el Derecho Civil, el Mercantil y el Penal, actúan y se manifiestan bajo el poder conjunto de soberanías diversas; 2º.—Que cada soberanía toma en esa obra conjunta la parte que la exigencia jurídica naturalmente le asigna; 3º.—Que la competencia de cada poder soberano debe fijarse en virtud del análisis detenido de los tres factores primordiales de la vida social que son: las personas, las cosas y los actos; 4º.—Que estos elementos están ligados a cada soberanía por el vínculo de

las personas y del territorio. La soberanía, dice, no crea el derecho sino que trata de descubrirlo para someterse a él, favoreciendo o imponiendo su observancia.

El profesor Matos recuerda que en Francia los principales partidarios de Savigny han sido Lainé y Despagnet.

«Este último —dice— por su parte opina que el verdadero principio que ha de servir de norma en la resolución de los conflictos de leyes privadas, es la idea fundamental de la comunidad jurídica enunciada por Savigny. Acepta los principios generales en que funda su sistema y aun cuando algunas veces lo encuentra poco claros y abstractos y que en muchos casos presta mayor importancia a la ley del domicilio, siendo así que debería reconocérsela a la nacionalidad admite, sin embargo, que el fundamento de la teoría es evidentemente justo y que hay que recurrir a él para plantear el problema del derecho internacional privado que se convierte así en determinar para cada relación de derecho la legislación más conforme con la naturaleza propia y esencial de esa relación».

Si insistimos un tanto en el alcance de esta fórmula llegaríamos quizá a concluir que el sistema de Savigny no excluye la ley de la nacionalidad, para la regulación del estatuto personal. Así lo han entendido muchos discípulos del autor alemán y no de un modo arbitrario, sino de un modo natural, ya que estando facultados los jueces para aplicar la ley más conforme con la naturaleza de la relación jurídica de que se trata, es claro que habrán muchos casos en que dichos jueces tengan que aplicar la ley nacional en materia de derechos personales, como ley más conforme con la naturaleza de las cosas.

En nuestro concepto, prácticamente quizá no exista la oposición fundamental que ha querido encontrar entre el sistema de Savigny y el de Mancini. El primero, si bien indica como adecuado para regular el estatuto personal, la ley del domicilio, en cambio, no cierra la puerta a la aplicación de la ley nacional, pues, según la estructura del sistema, está ley habrá de aplicarse en todos los casos en que los jueces descubran que es la más adecuada a la naturaleza especial de la relación jurídica de que se trate, excepto en los casos en que esa ley hiera el orden social del país en que se invoca. Mancini sostiene el imperio de la ley nacional, pero como señala también las excepciones fundadas

en el orden público, en la autonomía de la voluntad y en la regla *locus regit actum*, es claro que no queda excluida la aplicación de la ley domiciliaria.

Estudiando ambas teorías y sus excepciones, puede llegar a unos mismos resultados en materia de conflictos de leyes; y las dos doctrinas mencionadas no son, en realidad, los polos opuestos, dentro del Derecho Internacional Privado, como sistemas que rigen el estatuto personal.

Además, teniendo, en cuenta la orientación especial de ciertas legislaciones, podemos encontrar en ellas la coyuntura que conecta los dos sistemas, como tendremos oportunidad de verlo al estudiar la *teoría del reenvío*, en la sección siguiente:

Teoría de la personalidad del derecho.

Pascual Estanislao Mancini es el fundador de la escuela italiana del Derecho Civil Internacional; él ha formulado la *teoría de la personalidad del derecho* que revive las ideas del pueblo germano en materia de la sujeción jurídica del individuo sometiéndolo al imperio de la ley nacional, opuesta totalmente a las doctrinas de la territorialidad sustentadas por los autores franceses y holandeses.

Para estudiar a Mancini hay que partir de dos puntos de vista: 1º.—Del Derecho de Gentes, para considerar la trascendencia del *principio de las nacionalidades*, como director en la constitución de los Estados; y 2º.—Del Derecho Civil Internacional, para estudiar el sistema de la ley nacional como regulador de los derechos personales. Este segundo punto es aplicación del primero, en lo referente a la situación jurídica privada de las personas.

En el campo del Derecho de Gentes, extraño a la materia que tratamos, es sabido que el principio de las nacionalidades ha venido siendo elemento preponderante de política internacional. Se propugnó la necesidad de reconocer las aspiraciones de toda nación para organizarse y constituirse en Estado, partiendo de realidades étnicas, geográficas, históricas, etc.

Dicho principio produjo la unificación de Italia y Alemania y ha actuado, a raíz de la última guerra, como norma redenciónista para emancipar a las nacionalidades oprimidas y sojuzgadas dotándolas del carácter de estados independientes, multiplicando así las entidades políticas y atomizando el

mapa del mundo, quizá con una generosidad llevada al extremo.

Corresponde al Derecho Internacional Público la investigación de estos capitales tópicos humanos para señalar, sobre todo, la obra de los negociadores de la paz, cristalizada en el tratado de Versalles que puso fin a la última conflagración mundial.

El sistema de la ley nacional es aspecto propio del Derecho Civil Internacional; y en esta parte la obra de Manccini se concreta en 1874 en un informe presentado al Instituto de Derecho Internacional.

Para señalar con alguna atención las consecuencias jurídicas de la teoría de Manccini, puestas en duda por algunos autores como Pillet, comenzamos por exponer cuatro postulados fundamentales que se desprenden de las ideas sostenidas por el autor de la teoría de la personalidad y que se encuentran muy bien formulados en la obra del profesor Matos. Estos postulados son:

1º.—¿Tiene cada soberanía por derecho de gentes la facultad de negarse a la aplicación de las leyes extranjeras en su territorio?

2º.—¿Depende esa admisión del derecho extranjero de un acto libre de cortesía y del consentimiento expreso o tácito de las naciones, o responde a la existencia de un deber internacional impuesto por el derecho de gentes?

3º.—¿Si ese deber existe, han de observarlo en iguales términos y con reglas idénticas todas las naciones imponiéndolo en sus leyes y en los fallos de sus tribunales?

4º.—¿Por qué medios puede llegar a esa aplicación uniforme y a la identidad de las reglas que protejan y garanticen las personas, los bienes y los actos extranjeros?

Hay que advertir que el verdadero acondicionamiento jurídico de la teoría de Manccini, ha sido realizado por los partidarios y sostenedores de la nacionalidad, propiamente, discípulos y continuadores del pensador italiano, entre los que figuran Fiore, Laurent, Esperson, Cattellani, Weiss, Zitelman, Surville, Jitta, etc.

Recogiendo las ideas de los autores mencionados, delimitaremos el contenido real de la teoría de la personalidad del derecho.

Ante todo, un Estado es una reunión de personas unidas por ciertos caracteres comunes, caracteres que dan a dicho Estado un sello especial y peculiar que permite distinguir una sociedad política de otra, vieniendo a ser la comunidad una agrupación de entidades, diferenciadas entre sí por el criterio de la nacionalidad, o si se quiere de la raza, pero unidas fuertemente por el principio del respeto al derecho.

Para que sea factible el asegurar a cada una de las personas que integran el Estado, la garantía y la protección a que tienen derecho, es preciso que el Estado tenga un territorio. El poder político y jurídico se ejerce así sobre las personas y sobre el territorio, siendo más preponderante el elemento humano, y naciendo, por esta causa, el derecho del Estado para dar leyes a sus nacionales sin la restricción de las fronteras territoriales.

La consecuencia natural de este razonamiento sería la siguiente: «Pretender imponer a los que se vinculan a una soberanía la aplicación de las leyes extranjeras sería violar la soberanía igual de los otros Estados, si una razón de interés público no lo exige; pero, por otra parte, renunciar al derecho exclusivo de gobernar la condición jurídica de sus nacionales expatriados, sería abdicar la propia soberanía».

Por lo tanto, es fácil ya contestar al primer postulado de los anteriormente enunciados. Podría, pues, concluirse indicando que ninguna soberanía está facultada para negarse a reconocer y aplicar, dentro de su territorio, las leyes extranjeras, porque el principio de independencia de un Estado no puede legitimar la violación de los derechos de otro.

Si un Estado tiene pleno poder para legislar sobre las personas, reconociendo los derechos de sus súbditos, condicionados por la cultura, la raza y el medio, todo procedimiento mantenido por otro Estado y que se concrete en una actitud contraria a la prolongación de esos derechos en el espacio, es atentatoria contra la soberanía del Estado y atentatoria también al principio del respeto al derecho en que se funda la comunidad internacional.

La tolerancia de las leyes extranjeras y su aplicación por una soberanía cualquiera, no puede tampoco fundarse en una mera cortesía. La cortesía es siempre voluntaria y su exis-

tencia depende de la normalidad de las relaciones entre los Estados, de modo que faltando esa normalidad faltaría la cortesía y no habría estabilidad jurídica posible. El derecho, además, siendo norma de vida y de acción constante, no puede depender de condiciones ni vicisitudes que lo entorpezcan o eliminen.

La aplicación de las leyes extranjeras responde a un deber internacional indeclinable de tal suerte que su desconocimiento rompería la noción de la comunidad, porque si un Estado dicta sus leyes, sin la restricción de fronteras, y otro entraña su ejercicio y aplicación exponiéndose a que sus súbditos reciban el mismo tratamiento, desde este mismo momento ha desaparecido la solidaridad internacional operándose un desequilibrio de funestas consecuencias para la vida del derecho.

Respondiendo, pues, al segundo postulado diríamos que los Estados, por su afán de mantener el equilibrio jurídico de la comunidad de las naciones, no pueden por menos que reconocer el deber de respetar la soberanía de las leyes extranjeras, porque ese respeto parte de una suprema necesidad del derecho de gentes, cual es la de la interdependencia que ha ocupado el lugar de la ya extinguida noción de los derechos absolutos del Estado.

Se advierte en la teoría de Manccini una clara justificación al principio del respeto recíproco a la soberanía de los Estados. Matos, ya citado, explica claramente este punto de vista cuando dice: «Las leyes de orden privado reflejan principalmente el espíritu y el carácter nacional, porque los actos de la vida diaria de los individuos, como las costumbres, son el resultado de tradiciones y de hábitos adquiridos; y agrega Manccini, que del mismo modo que en el interior de cada nación, para las relaciones de derecho privado el principio de libertad que protege la autonomía legítima e inviolable del individuo, traza un límite al poder legislativo del Estado, también el principio de nacionalidad fija un límite análogo entre éste y las personas extranjeras. Y como quiera que el derecho de nacionalidad que corresponde al pueblo entero, no difiere sustancialmente del derecho de libertad que corresponde a los individuos, ha de entenderse que cada persona puede reclamar de las naciones y Estados, en virtud del principio de nacionalidad extranjera, el mismo respeto para su patri-

monio de derecho privado que solicita de su propio Estado y de sus conciudadanos».

El tercer postulado tiene, a nuestro entender, una importancia fundamental para el esclarecimiento de los problemas que se plantean dentro de los conflictos de leyes.

El reconocimiento del deber internacional de respetar las leyes extranjeras nace del criterio de la igualdad jurídica entre todos los pueblos; y la igualdad que es, a la vez, justicia, es garantía de la asociación entre todas las naciones.

Hasta aquí tenemos, indudablemente, un principio sustancial del derecho de gentes, cada vez más invocado mientras más se vé expuesta la comunidad a las violentas crisis jurídicas producidas por las guerras.

El principio de la igualdad es la salvaguardia de los débiles contra los fuertes y la garantía del orden exterior. Todos los esfuerzos pacificadores de la humanidad presente giran alrededor de dicho principio, frecuentemente conculado por las naciones poderosas y por el predominio de intereses económicos que motivaron el desastre de 1914. Este principio se impondrá algún día cuando declinen los ancestros perturbadores de la paz y cuando las estructuras que se creen convengan con las exigencias de la evolución social. Es de esta situación de la que depende el fundamento mismo del Derecho Internacional Público.

Hasta que esto ocurra no queda otro remedio que defender el principio aún cuando no tenga en el presente toda la eficacia deseada. Carecerá de realidad, sí, pero su contenido intrínseco de justicia obliga a luchar por él hasta su completa realización.

¿Qué consecuencias podemos obtener del criterio de la igualdad jurídica, como norma del Derecho de Gentes, y que sean aplicables a las necesidades del Derecho Civil Internacional? Fluye naturalmente sostener que los Estados estarían obligados al mantenimiento en sus legislaciones, de iguales criterios calificadores, de modo que la armonía en esta materia haría posible sustentivar el Derecho Internacional Privado y la regla del respeto a las leyes extranjeras.

En la sección anterior hemos indicado ya que muchas de las dificultades que se ocasionan dentro de nuestra ciencia no quedarían subsanadas por el hecho de que los Estados incorporen en sus leyes iguales normas para la solución de los conflictos. Las dificultades provienen, como se dijo ya,

más que de los conflictos de leyes, de las calificaciones. En nuestro concepto, el deber internacional de dar estabilidad a los derechos que proceden de otras soberanías, no quedaría satisfecho con convocar a una reunión más o menos numerosa a los Estados para que éstos lleguen a acordar iguales normas de colisión comprometiéndose a incorporarlas en sus legislaciones.

La lógica obliga a avanzar un paso más y a sostener que una verdadera comunidad de naciones no puede fundarse sino en la trama interna de las instituciones jurídicas de cada una, en tal forma que si los Estados miembros se compromiesen a entenderlas del mismo modo, todos quedarían así naturalmente obligados a actuar en el sentido de la defensa conjunta de dichas instituciones. La uniformidad en las normas de conflictos, sería cuestión posterior y más sencilla.

La comunidad jurídica del Derecho Internacional Privado vendría, de esta manera, a fortificar la comunidad política del Derecho de Gentes. Esta no podría ser atacada si aquélla estuviese asegurada y de tal modo entrabada en la vida de todos los pueblos que ninguno de éstos fuese capaz de transgredir un orden fundado en la equivalencia real de las instituciones jurídicas.

Hay que advertir que en ningún caso, con las ideas que quedan expuestas, aspiramos a lograr que todos los pueblos dicten leyes idénticas. Queremos simplemente respetar la libertad de cada soberanía para dictar sus leyes y sólo perseguimos la conveniencia de una adecuada semejanza de conceptuación para las instituciones principales del derecho privado, que vendría prácticamente a dar fortaleza indiscutible al principio de comprensión y solidaridad entre todos los Estados, formándose así la estructura, tan necesaria en nuestros tiempos, que haya de efectivar la finalidad suprema del derecho de gentes.

No estaríamos equivocados si afirmásemos que es por este lado, por donde conviene trabajar con ahínco para lograr, en el orden internacional, la paz y la justicia. A la inversa de lo que se ha hecho siempre de trabajar por la cubierta del edificio de la paz, el método que aquí se propugna, recomienda empezar por la cimentación de la gran obra. Para nosotros, esa cimentación no puede partir sino de la comunidad jurídica del Derecho Internacional Privado, naturalmente

formada y creada por la análoga conceptuación de las instituciones del derecho civil.

¿Por qué medios —pregunta el último postulado— puede llegarse a la aplicación uniforme de las reglas de protección y garantía de las personas, de los bienes y los actos extranjeros?

La ley más armónica es la ley nacional, la de la patria de las personas. Fiore en su *Droit International Privé* explica que «las calidades intuitivas e inmanentes son consecuencia de la raza, de los usos, de las tradiciones, del lugar de origen, y de todo el conjunto de elementos que constituyen el carácter y el genio civil de cada pueblo y de cada nación. Parece, por consiguiente, más razonable decir que las calidades jurídicas fundamentales de la persona son regidas en todas partes, por las leyes de su patria».

Ha sido criticada esta teoría precisamente por fundar el estatuto personal sobre el principio de la nacionalidad pero, a nuestro modo de ver, esta conclusión es la única que conviene a la estabilidad de las relaciones que conciernen al Derecho Civil Internacional.

Merecen anotarse algunos puntos de vista de dos defensores de la personalidad del derecho que son: Zitelman y Jitta.

Para el primero, las ~~leyes~~ ^{ESTAD} ~~son~~ ^{DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL} en general personales porque el Estado no tiene deberes sino para con sus nacionales. El extranjero está sometido a las reglas de conducta dictadas por el legislador del país en que se encuentra.

Pillet observa al respecto que afirmar que la soberanía territorial no supone deberes con relación a la persona que le está sometida, es sentar una proposición inexacta. El extranjero, dice, tiene derecho a la protección del Estado para su persona, durante su permanencia sobre su territorio y para los bienes que él posea. La contraparte de la obligación que pesa sobre dicho extranjero es la de obedecer las leyes de orden público. Luego, en principio, las leyes no son más personales que reales.

Zitelman sienta algunas reglas de carácter general en cuanto a la prevalencia de las leyes en materia de conflictos.

Así sostiene que para todos los derechos que confieren un poder directo a una persona, la ley nacional de ésta es la competente.

Para los derechos que tengan como objeto un bien mobiliario o inmobiliario es competente la ley del lugar en que la cosa está situada.

Y para los derechos que no se vinculen ni a una persona ni a una cosa corporal, debe prevalecer la ley del Estado sobre cuyo territorio se pretende ejercitar el respectivo derecho.

Pillet anota que esta doctrina resulta así bastante análoga a la antigua teoría de los estatutos.

El jurisconsulto holandés Jitta parte de la base esencial de asignar al Derecho Internacional Privado el fin de asegurar al individuo, en las relaciones privadas, la plenitud de su derecho, pero no expone de modo categórico los caminos que deben seguirse para llegar a ese resultado final.

Jitta se inclina a confirmar la regla de que el legislador de cada Estado debe aplicar a toda relación jurídica el derecho que conviene a su naturaleza, es decir, al fin mismo que cumple en la sociedad universal de los individuos, aproximándose con esto a la doctrina de Savigny, pero haciendo hincapié en que son dos cosas completamente distintas la sociedad universal de los hombres y la comunidad de los Estados del jurisconsulto alemán.

¿Qué entender por sociedad universal de los individuos? El término aparece demasiado ~~demasiado~~ impreciso. Su generalidad puede prestarse a variadas interpretaciones y tanto más cuanto que si se considera la función última de la ley se podrá ver claramente que élla no se ha dictado para regir en una sociedad universal sino en la sociedad particular de un Estado determinado, en el cual hay también que atender a un fin y a un fin propósito definidos

Sistema del profesor Pillet.

Intencionalmente no queremos limitarnos a la exposición de los medios que según este notable profesor francés deben tenerse en cuenta para la solución de los conflictos de leyes. Preferimos exponer en forma sumaria su sistema integral de Derecho Internacional Privado; y así se lograrán dos finalidades importantes: 1^a.—Conocer el sistema general aplicable a la solución de los conflictos de leyes; y 2^a.—Adelantar ciertos aspectos necesarios para el desarrollo de los capítulos

próximos, y entre ellos, el relacionado con el efecto extraterritorial de los derechos adquiridos.

El Derecho Internacional Privado, dice Pillet, nos propone tres cuestiones diferentes: cuestión de la condición de los extranjeros, cuestión de conflicto entre las leyes de países diferentes, cuestión de la influencia que deben ejercer los derechos adquiridos en las relaciones internacionales de orden privado.

Pasa luego a delimitar la extensión de cada una de estas partes y refiriéndose a la primera, observa que ella está ligada estrechamente en cada país con el aspecto de la admisión de los extranjeros en su territorio nacional.

Advierte que en el seno de cada Estado, el legislador define libremente los derechos que quiere conceder a los extranjeros y aquellos otros de que éstos se verán privados. La libertad de cada soberanía es el principio director en esta materia.

Pero esta libertad no es ilimitada, porque no puede admitirse que, en nuestros días, un Estado se cierre completamente a los extranjeros. Esto sería contrario a las exigencias del comercio internacional, el mismo que debe ser accesible a todos, sin distinción de nacionalidad, en el tiempo en que vivimos.

Cada vez van haciéndose más raros los casos de Estados que para hacer accesible el comercio que acuerdan con otros, establezcan como condición el reconocimiento de ciertos privilegios para sus súbditos sobre el territorio de los segundos.

Lo más frecuente es que el extranjero goce de ciertos derechos en virtud de los tratados diplomáticos que pueden ser convenciones relativas a ciertos derechos particulares y que tengan por objeto extender el goce a los súbditos de las naciones contratantes, o convenciones generales como los antiguos tratados de comercio y las recientes convenciones de establecimiento que contienen, como regla general, estipulaciones relativas a los derechos de los que han de gozar las personas implicadas en el tratado.

De la misma manera que la capacidad de goce de un extranjero puede dilatarse por la autoridad de un tratado, asimismo puede restringirse por la consideración debida a las instituciones propias del país extranjero.

Pillet plantea el punto de si puede reputarse que el legislador de cada país conceda un derecho a un extranjero,

pura y simplemente, o sólo bajo condición de que el extranjero goce de ese derecho en su propio país. Indica que éste es un aspecto bastante delicado y lo resuelve sobre la base de la distinción de los derechos y en relación con los sistemas seguidos para regular la condición de los extranjeros.

En lo tocante a la segunda parte del sistema, o sea, a los conflictos de leyes, el profesor francés observa que la solución misma exige la construcción de todo un conjunto de principios, y expone el siguiente método con el que se manifiesta consecuente, desde su formulación hasta el momento actual.

El Derecho Internacional Privado en el aspecto de los conflictos, dice, tiene por objeto extender la autoridad de las leyes nacionales de cada país a las relaciones internacionales, y estos son los términos exactos del problema.

Las leyes en el orden interior, es decir, en cuanto a su aplicación sólo a los nacionales de un Estado sobre el territorio de este Estado y en cuanto a los bienes que en él están situados son, a la vez, permanentes y generales.

La permanencia significa la continuidad de la ley y su autoridad ininterrumpida sobre las personas y los bienes, desde el día de la promulgación hasta el día de la abrogación.

Por la generalidad, las leyes se aplican indistintamente a todas las personas y a todos los bienes sobre el territorio del Estado.

Una ley que en ciertos días sería obligatoria y en otros no, que se aplicara a determinadas personas y no a otras, no sería una verdadera ley.

En el orden interno, pues, todas las leyes que dicta el Estado son permanentes y generales. En las relaciones internacionales, no se puede atribuir al mismo tiempo a las leyes estos dos caracteres, es decir, hacerlas funcionar como territoriales y como extraterritoriales, ya que ley permanente quiere decir ley extraterritorial, y ley general, ley territorial.

Una ley que no fuere aplicable en todos los lugares, a los intereses de la persona que le está sometida, no sería permanente o continua en cuanto a esta persona, de la misma manera que una ley perdería todo título a la calidad de general si sobre el territorio del Estado para el cual ha sido dictada no reinase la exclusión de toda otra ley.

Pero es imposible llegar a realizar la comunidad de derecho, fin de todos los esfuerzos, admitiendo semejantes con-

clusiones. La ley que es por su naturaleza permanente, debe seguir en todas partes a las personas para las cuales ha sido dictada; si no se consigue este resultado esa ley perdería su carácter sustancial; y de la misma manera, si una ley de carácter general no gobernase a todos cuantos se encuentran en el territorio del Estado, excluyendo toda otra ley, tampoco podría conservar el carácter de la generalidad de aplicación.

Pero ya considerando esta situación en la realidad internacional, Pillet nos hace ver con claridad que una persona estaría siempre sometida, en el mismo momento y en razón de una misma relación a la autoridad de muchas leyes y que, en definitiva, el juez llamado a resolver un conflicto, aplicaría pura y simplemente a las partes su propia ley, la *lex fori*, a título de ley territorial.

De esta manera, un sistema semejante, a pretexto de respetar la plenitud de los efectos de la ley, en función internacional, conduciría prácticamente a la territorialidad más estricta.

Si en el orden interno todas las leyes son naturalmente territoriales y extraterritoriales, todo aquel que quiera, en las relaciones internacionales, conservar este doble carácter, debería —dice Pillet— renunciar a la solución satisfactoria de los conflictos.

¿Cómo proceder entonces? Pillet no concibe que la ley en función externa pueda mantener la soberanía personal y la soberanía real, y no puede haber más solución que aquella que parte del sacrificio de uno de los dos caracteres para conservar el otro, dividiendo las leyes en dos grupos que contengan el uno, las que se aplican a los nacionales en el extranjero, pero que no se aplican a los extranjeros en el suelo nacional (leyes extraterritoriales); y el otro, las leyes que no siguen a los súbditos al extranjero, pero que se aplican a los extranjeros sobre el territorio nacional (leyes territoriales).

El autor francés cuya doctrina exponemos concluye diciendo que aunque las leyes sean todas, a la vez, territoriales y extraterritoriales, hay que tratarlas, por las necesidades de la armonía a establecerse entre las naciones, como si fueran las unas solamente territoriales y las otras, solamente extraterritoriales. No pierden —añade— sus dos caracteres, pero el uno de ellos queda paralizado en su efecto.

Con respecto a este punto de vista, indicamos anteriormente que repugna, dentro del orden internacional, hablar de

dos soberanías o de dos caracteres coexistentes en las leyes. Necesariamente una de esas soberanías o uno de esos caracteres tiene que quedar eliminado y no solamente paralizado, como dice Pillet.

En efecto, una ley (sobre mayor edad, por ejemplo) dictada por el legislador ecuatoriano, es territorial, para los ecuatorianos en el Ecuador y para los ecuatorianos en el extranjero, es extraterritorial. No es territorial para los extranjeros, porque éllas invocarán también su ley extraterritorial. El un carácter (la territorialidad) está completamente eliminado, si miramos sólo la relación internacional que es la única que interesa a nuestra ciencia. Si la ley que indicamos fuera de modo ordinario territorial para los extranjeros, conservaría los dos caracteres, pero como esto no sucede, no vemos claro por qué Pillet juzga como mera paralización de efectos lo que es completa eliminación.

Admitimos, eso sí, que la ley extraterritorial, funcione, por su naturaleza, como territorial para los extranjeros, cuando la ley personal de éstos que debiera actuar como extraterritorial en todas partes, sea desconocida o no exista. Generalmente, la ley extraterritorial extranjera frente a la ley extraterritorial nacional, o viceversa, elimina la territorialidad. Esta es una regla sencilla que demuestra el sacrificio de uno de los dos caracteres de la ley, muy bien estudiados por el profesor Pillet.

Este autor pasa luego a examinar el carácter imperfecto en la solución de los conflictos. Anota que toda solución conduce fatalmente a sacrificar un carácter natural de la ley, siendo, por ello, solución imperfecta.

La mejor doctrina imaginable de Derecho Internacional Privado, no querrá conservar en la ley, para las relaciones internacionales, la misma plenitud de autoridad que élla posee en las relaciones puramente nacionales e interiores.

Hay ciertas leyes cuyo interés social es considerable y con respecto a las cuales el Estado está obligado a mantener la integridad de sus caracteres. Dichas leyes dan nacimiento a conflictos científicamente insolubles, y el mejor ejemplo de esta clase, es el de las leyes relativas a la nacionalidad. No ceden ante la autoridad de ninguna ley extranjera y sobre el territorio de la soberanía que las ha dictado, se imponen evidentemente a todas las personas.

El único remedio para conflictos semejantes, está en la intervención del derecho positivo. Los Estados podrán medir, en las convenciones, los sacrificios que se resignen a hacerse recíprocamente, a fin de poder llegar a un acuerdo.

Otro aspecto capital en el sistema de Pillet, es el de la distinción de las leyes territoriales y de las extraterritoriales. El buen sentido, dice dicho autor, aconseja preferir el menor sacrificio posible; y por ello, la regla fundamental es la de este menor sacrificio.

¿Cómo precisarlo? He aquí lo capital del asunto en cuestión. No hay otra guía orientadora que la de la investigación del fin social de la ley. Una ley cualquiera no es otra cosa que un medio imaginado por el legislador para atender a cierto fin que interesa a la sociedad, colocada bajo la autoridad de ese mismo legislador.

La ley se presenta como una orden o como una prohibición que no se legitiman sino en tanto se las vincule al fin mismo al que se quiere llegar. El fin es el alma de la ley, el elemento que le da su sentido, y si la ley no tendiera al bienestar de la sociedad, sería un acto de simple y pura tiranía.

El fin del legislador al dictar una ley es invariablemente el bien público y por esto se justifica la limitación a la libertad de los particulares. Y aunque se haya acostumbrado dividir el derecho en público y privado, y aunque se defina al último como aquel que tiene por objeto la utilidad de los particulares, la verdad es que las leyes privadas, en sí mismas, no son hechas sino atendiendo al interés general que exige un sacrificio a la libertad de cada uno.

Estas premisas, dice Pillet, se sientan en vista de que cada conflicto de leyes supone necesariamente un conflicto de intereses entre los Estados cuyas leyes se encuentran en juego. ¿Cómo resolver racionalmente el conflicto, de modo que la solución que haya de darse tenga un valor igual para todos los Estados y que todos deban inclinarse ante su autoridad? No hay otro medio más adecuado que el de dar preferencia a la ley del Estado que tenga mayor interés en que el fin perseguido por la ley en cuestión, sea atendido.

En toda sociedad organizada, el interés de todos debe primar sobre el interés de cada uno. En la comunidad jurídica de las naciones, es de interés de todos que las diversas leyes nacionales en presencia, conserven en las relaciones de

las naciones su máximun de autoridad. Esto no podrá ser así sino en tanto, en cada conflicto, se de la preferencia a la ley del Estado más interesado en que su ley regule el litigio, debiendo ser la consideración del fin perseguido por las leyes el índice que señale cuál ha de ser el Estado más interesado en que su ley sea atendida.

La consideración del fin social de la ley es toda la clave de la doctrina de Pillet. No hay sino que averiguar bajo cuál de las dos posiciones —territorial o extraterritorial— la ley ha de producir más completamente su efecto.

La investigación del fin social permite, además, decidir sobre otro punto esencial, cual es el de la determinación de la ley competente entre todas aquellas que pueden pretender este título.

No se resuelve, dice, un conflicto relativo a la capacidad del individuo, con decir que las leyes de este orden son extraterritoriales; es menester saber qué ley debe aplicarse por corresponder al estatuto personal del individuo de quien se trata, o sea, fijar con toda precisión si esa ley ha de ser la de la nacionalidad, la del domicilio o la del lugar en que el acto ha sido hecho. Asimismo, y cuando se trata de las leyes territoriales, la incertidumbre puede ser grande sobre este punto, y sólo la investigación del fin social de la ley podrá poner fin a esa incertidumbre.

Regla general de solución de conflictos que se deduce de las ideas expuestas será, pues, la siguiente: *investigar, en cada caso, el fin social de las leyes en conflicto y, una vez determinado dicho fin, aplicar la ley del Estado más interesado en su cumplimiento.*

El procedimiento para investigar y descubrir el fin social de las leyes civiles indicado por Pillet es quizá el punto más delicado de toda su doctrina, porque opone la protección de la sociedad a la del individuo, después de haber manifestado antes que aún las leyes que por costumbre se consideran como de derecho privado, tienen en cuenta el interés social. ¿Cómo compaginar estos dos aspectos naturalmente excluyentes?

El autor divide las leyes en dos categorías: leyes de protección individual y leyes de garantía social. A las primeras les da carácter de extraterritoriales, a las segundas, de territoriales. En nuestro concepto, esta división es igual a la de

las leyes, agrupadas en dos órdenes, de orden privado y de orden público.

«Esta distinción —dice— de las dos categorías, es para mostrar cómo se clasifican las leyes civiles desde el punto de vista internacional. Pero nótese bien que élla no se confunde con nuestra fórmula inicial. Es estrictamente verdadero decir que el efecto internacional de una ley depende de su fin social, estrictamente verdadero también, y más científico, afirmar que entre muchas leyes implicadas en un conflicto, es menester escoger la del Estado más interesado en la aplicación de su propia ley; al contrario, no es obligatorio admitir que las leyes consideradas desde el punto de vista de su fin social se dividan entre dos categorías solamente. La división operada por nosotros no tiende más que a suministrar una imagen más o menos fiel del verdadero estado de las cosas, no tiene otra pretensión y no dispensa de recurrir, en los casos dudosos, a los criterios que hemos indicado. Nosotros la completaremos observando que si el cuidado de la conservación del buen orden en el Estado es el motivo habitual de la territorialidad de las leyes civiles, este motivo no es exclusivo y dicha territorialidad puede derivar, a veces, de otras razones, por ejemplo, de la imposibilidad práctica, que habría en aplicar concurrentemente muchas leyes en el mismo país. Este es el caso de las leyes de procedimiento. Por mínimo que sea su valor, es claro que no se podría seguir muchas leyes de procedimiento ante un mismo tribunal. Es, pues, rigurosamente verdadero que será siempre la ley del Estado más interesado la que tendrá que seguirse».

Este razonamiento no nos da una clara explicación de la naturaleza de las leyes, ni mucho menos la diferencia de éstas en leyes de protección individual y leyes de garantía social.

Aquí nos encontramos con el lado flaco de esta doctrina. Sabemos ya que para resolver un conflicto hay que estudiar cuidadosamente el fin social de las leyes en él implicadas. Sabemos también que descubierto ese fin social hay que aplicar la ley del Estado más interesado, pero carecemos de una guía segura para separar las leyes en las dos categorías enunciadas, habiendo llegado, en definitiva, y por otra vía, a estrellarnos contra el muro del orden público (garantía social) inútilmente batido por los autores de todos los tiempos.

Pillet manifiesta que las leyes extraterritoriales son leyes de protección individual y que corresponden, por ello, al dominio del estatuto personal. Pero notemos que siendo el estado y la capacidad, de ordinario, los elementos que integran dicho estatuto, se presentan en éllas, y según la función que cumplen en las relaciones jurídicas, una serie de matices que obligan a concluir que el estado y la capacidad juegan, a menudo, el importante papel de garantizar los intereses sociales.

Al tratar de las leyes de garantía social, Pillet dice que la determinación de la ley competente se hace mucho más difícil. Una ley, dice, es territorial, desde el punto de vista internacional, toda vez en que una soberanía da a la aplicación general de su ley, sobre su territorio, un interés preponderante. Todo esto depende de la ley de que se trate y como estas leyes son numerosas y tienen objetos diversos, es imposible decir qué ley deberá aplicarse a título de territorial.

Nos encontramos nuevamente en presencia de la dificultad antes anotada, porque el autor dice que hay que atender al fin social de la ley particular de que se trate, y una vez determinado este fin se podrá deducir cuál es la sociedad particular más interesada en la observación de su ley, y por consiguiente qué ley debe ser observada.

He aquí lo grave del problema. Para resolver un conflicto hay que aplicar la ley del Estado más interesado, investigando para ello el fin social de la ley, pero para descubrir el fin social de la ley hay que abordar la dura y casi imposible labor de dividir a las leyes en dos categorías: de protección individual y de garantía social, aspecto éste que hace imposible obtener un resultado satisfactorio, ya que el problema es, en sí mismo, igual al del orden público frente al del orden privado.

En los tiempos que corremos, se puede asegurar que es absolutamente imposible separar las leyes en grupos, según que miren a los individuos o a la sociedad. Toda ley tiene un fin social, y si esto es así, el problema estaría no en preferir la ley del Estado más interesado, sino en ir graduando la mayor o menor importancia del fin social, pero esto, como es fácil colegir, conduciría a un relativismo tan grande que la norma de solución del conflicto sería unas veces tan amplia y otras tan restringida que perdería, por esta misma causa, toda autoridad internacional. ¿Cómo precisar el Esta-

do más interesado en tratándose de leyes que para el investigador aparecen del mismo valor en cuanto a su fin social? La conclusión no sería otra que la de aplicar todas las leyes concurrentes; y ésta no es la solución del problema.

El mismo criterio utiliza Pillet para encontrar los límites de las leyes obligatorias y distinguirlas de las facultativas, y aún para determinar el contenido de la regla *locus regit actum*.

Completaremos la exposición de esta doctrina apuntando algunas importantes conclusiones relacionadas con el principio del respeto internacional de los derechos adquiridos.

En esta materia las ideas del profesor Pillet son muy valiosas, sin que sea posible prescindir de ellas, con miras, como se dijo antes, a dejar estudiados ciertos aspectos que interesarán el capítulo respectivo de la materia.

Dice, con razón, que ningún comercio internacional entre particulares sería posible, si los derechos adquiridos en un país fuesen considerados como existentes sólo en dicho país. Una persona que se traslade de un lugar a otro, estaría expuesta a un constante cambio en su personalidad jurídica, así como un viajero cambia de costumbres en cambiando de clima.

Esta es una hipótesis absurda, ya que el reconocimiento de la soberanía de un Estado, conduce directamente al reconocimiento de los derechos adquiridos bajo el imperio de esa misma soberanía.

Indica que, cuando en cada país, se produce un cambio de legislación, se hace reserva de los derechos adquiridos, los que siguen sometidos al imperio de la legislación antigua.

En el orden internacional, se trata también de determinar el efecto que pueden producir sobre un territorio regido por una ley, los derechos obtenidos bajo la égida de otra. Esta no es una cuestión transitoria y temporal si no destinada a presentarse en todo tiempo y que medidas de tolerancia pasajera no son suficientes para resolverla.

Cita los casos de anexión y recuerda que, según las costumbres modernas, el Estado anexante comunica al territorio anexado sus instituciones y su legislación, sin extender su autoridad más que a las relaciones por nacer, respetando las situaciones ya adquiridas.

El respeto de los derechos adquiridos, en territorio anexado, está más asegurado que el respeto a los mismos en casos de cambio de legislación, ya que lo primero reposa sobre las promesas al menos implícitas del tratado de paz, en tanto que lo segundo, no tiene por garantía más que la voluntad frecuentemente variable del legislador.

Pillet, muy acertadamente, coloca el principio internacional del respeto a los derechos adquiridos, a distancia igual de los términos anteriores, o sea, del respeto a los derechos en los casos de anexión y del mismo respeto en los casos de cambio de legislación, de manera que la salvaguardia de los derechos adquiridos es un verdadero deber de los Estados, y por ésto, su fuerza es superior a la de un simple acto de legislación interna.

¿Qué es un derecho regularmente adquirido? Hay que distinguir al efecto dos hipótesis. O es posible que el derecho del cual se trata haya tenido desde el origen un carácter internacional, o que se haya revestido de este carácter más tarde. El derecho en el momento en que nace, tiene todos sus elementos en un mismo país, aunque ulteriormente la persona al cual pertenece esté obligada por las circunstancias a hacerlo valer en otro país.

Es posible que el derecho produzca un conflicto desde su origen y para que se repute como adquirido, es necesario que el conflicto esté resuelto aplicando las leyes competentes.

Pero sabemos que las legislaciones no profesan los mismos principios para solucionar las cuestiones del Derecho Internacional Privado y, por consiguiente, en un caso dado, la ley competente para un Estado no lo es para otro. ¿En virtud de qué sistema de derecho internacional, deberá juzgarse acerca de la regularidad del derecho adquirido: se escogerá el sistema del Estado sobre cuyo territorio haya nacido el derecho, o el del Estado en que se haya presentado esta cuestión del respeto a los derechos adquiridos? Pillet se inclina por la segunda solución.

La extinción de los derechos regularmente adquiridos, el límite al principio del respeto debido a ellos, las cuestiones relativas a la jurisdicción de los tribunales, son otros tópicos de suma importancia en el sistema que hemos venido estudiando; pero ellos se tratarán, con la debida amplitud, en el capítulo correspondiente.

Por lo expuesto, puede apreciarse el valor de la doctrina de Pillet, por su estructura lógica, ceñida a las normas de la filosofía jurídica.

Sus conclusiones son, pues; las siguientes:

1^a.—El contenido del Derecho Civil Internacional está integrado por tres partes fundamentales: la condición de los extranjeros, los conflictos de leyes y el efecto extraterritorial de los derechos adquiridos.

2^a.—La condición de los extranjeros se reduce al problema de su admisión en el territorio nacional.

3^a.—En materia de condición de extranjeros, la libertad de cada soberanía es el principio director.

4^a.—Esta libertad no es limitada porque se negaría la exigencia del comercio internacional.

5^a.—La condición de los extranjeros se asegura por el derecho positivo concretado en los tratados.

6^a.—Para resolver los conflictos de leyes hay que determinar sus caracteres.

7^a.—Los caracteres de la ley son la permanencia y la generalidad. Ley permanente quiere decir ley extraterritorial, ley general quiere decir ley territorial.

8^a.—En el orden internacional la ley no puede conservar estos dos caracteres y la solución acertada de un conflicto depende del sacrificio de uno de ellos.

9^a.—La regla más recomendada será, pues, la del menor sacrificio.

10.—El corolario esencial formulado como regla de solución será, pues, el de investigar en cada caso el fin social de las leyes en conflicto, y determinado ese fin, aplicar la ley del Estado más interesado en que dicho fin se cumpla.

Las doctrinas generales de solución de conflictos que quedan resumidas, pueden llevarnos a concluir que aunque

partiendo de puntos de vista diversos, éllas obtienen las mismas conclusiones, respecto a los principios que deben guiar las relaciones jurídicas en colisión. Quedan únicamente en debate los sistemas que regulan el estatuto personal y que han dividido la doctrina y las legislaciones en dos grupos: las que prefieren el sistema de la ley nacional y las que proponen el sistema de la ley del domicilio, y cuyo estudio específico realizamos a continuación.

TERCERA SECCION

LOS SISTEMAS QUE RIGEN EL ESTATUTO PERSONAL

SUMARIO: 9.—Contenido del *estatuto personal*. 10.—El domicilio de las personas. 11.—La controversia acerca de la nacionalidad y el domicilio. 12.—El domicilio como subsidiario de la ley nacional. 13.—Referencia general a las legislaciones según los sistemas. 14.—La teoría del *reenvío o retorno*.

9.—CONTENIDO DEL ESTATUTO PERSONAL.—Si queremos apreciar el valor de cada uno de los sistemas que regulan el *estatuto personal* y ARIA HISTORICA DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL si sabemos, además, que es en esta materia en que más se ha agudizado la controversia doctrinaria tocante al régimen internacional, debemos, por la misma razón, determinar cuál es el contenido del llamado generalmente *estatuto personal*, o sea, precisar qué derechos se incorporan o deben incorporarse en este concepto.

Los estatutarios sentaron ya la regla del carácter personal de las leyes relativas al *estado y capacidad* de las personas. Esta es, pues, una norma universalmente aceptada en el derecho civil internacional. No se podrá desconocer jamás que hay ciertos derechos que deben seguir a la persona a donde quiera que ésta se traslade. Dichos derechos están regidos por leyes extraterritoriales, y lo que importa es determinar la categoría de esos derechos para poder señalar el contenido efectivo del estatuto al que venimos refiriéndonos.

Ante todo, conviene aclarar algunos términos que es necesario usarlos de modo estricto para lograr así exactitud en los conceptos.

¿Será lo mismo decir *derecho extraterritorial* que *ley extraterritorial*? ¿Qué diferencia se podrá señalar entre los términos: *instituciones jurídicas* y *derechos*?

La ley, se dice, es el reconocimiento del derecho. En los países consuetudinarios son las costumbres el canal natural de los derechos. La vida social y jurídica está informada en las costumbres y en los usos. La ley no puede por menos que reconocerlos; pero la ley es de elaboración técnica, la costumbre es *el hacer jurídico espontáneo del pueblo*, pero una y otra son propiamente fuentes del derecho.

La ley no puede crear el derecho porque éste es anterior a la ley, y porque filosóficamente considerado el problema, el principio disciplinario y normativo de la vida social, prácticamente ha precedido a la ley.

El desarrollo gradual de la sociedad humana ha exigido la formación de un poder específico del Estado que es el poder legislativo al que corresponde la elaboración técnica de las leyes que no tienen otro fin que el de transparentar el derecho garantizándolo y rodeándolo de respetabilidad.

Los derechos reconocidos por las leyes pueden ser así *territoriales* como *extraterritoriales*; y las leyes mismas en que se contienen tales derechos pueden tener igual carácter. Ley territorial será, pues, la que reconozca un derecho territorial; y ley extraterritorial, la que reconozca un derecho extraterritorial.

En el campo jurídico se pueden emplear con igual resultado estos términos desde que, en principio, la ley se identifica con el derecho que reconoce.

En cuanto al significado de las palabras *derecho* o *ley extraterritorial* sabemos, por lo que se ha expuesto anteriormente, que éllas suponen permanencia jurídica internacional, de modo que una ley de este carácter ha de seguir a la persona, fuera de la jurisdicción para la que ha sido dictada; y el asunto capital en esta materia no es otro que el fijar el conjunto de aspectos sobre qué debe fundarse un derecho reconocido por una ley para que el derecho y la ley tengan una calidad semejante. No es otra la labor de la determinación del contenido del *estatuto personal*.

El otro punto previo es el de señalar la diferencia entre *institución jurídica* y *derecho*. Generalmente la primera expresión es más amplia que la segunda. La sucesión, la donación, el matrimonio, son instituciones jurídicas y éstas son

el cuadro general de los derechos que corresponden a las personas. Las instituciones son más permanentes y estables, a lo menos dentro de una época determinada, y una vez legisladas determinan la fisonomía jurídica propia de una sociedad cualquiera.

Esta es la causa por la cual los pueblos se han presentado en la historia con un sello jurídico propio que los diferencia considerablemente de otros. No en todos los países se legisla de la misma manera. El matrimonio, el derecho de alimentos, la sociedad conyugal, la emancipación, etc., teniendo quizás en cuenta una misma finalidad, en cambio no aparecen en todos los países con los mismos caracteres jurídicos. La genealogía jurídica se ocupa de este importante aspecto de la sociología humana y nos demuestra que un pueblo se revela por sus instituciones, así como se revela por su raza, su lengua o su religión.

Ahora bien, de las instituciones se desprenden los derechos de los individuos, en virtud del concurso del hecho y la ley. Del matrimonio, por ejemplo, nace el derecho de alimentos para el cónyuge y para los hijos. De la institución del contrato de venta, nace el derecho a su resolución, etc.

Para que exista el derecho se necesitan especiales requisitos que lo condicionan y que suponen actividad del individuo frente a la institución establecida en la ley, o, en su caso, realización de hechos previstos por ella.

Como puede apreciarse, la diferencia entre *institución jurídica* y *derecho*, es fundamental para nuestra materia; y quizás podría concluirse que todo un sistema general para la solución de los conflictos de leyes podría estar construido sobre esta base que parte de la distinción ya anotada. Baste considerar que son los derechos derivados de las instituciones los que propiamente tienen proyección internacional y que demandan determinar un límite para su aplicación, bajo el imperio de una soberanía extranjera, apreciando, en cada caso, si conviene más mantener el derecho, consintiendo en alterar un tanto la fisonomía jurídica de la institución, o si conviene, al contrario, sacrificar el derecho para conservar la institución, si es que el ejercicio de aquél en el extranjero puede amenazar a ésta fundamentalmente.

El *estado* y la *capacidad* de las personas, según el punto de vista indicado, no son instituciones jurídicas propiamente dichas; son calidades que condicionan los derechos de los

individuos dentro de cada institución del Derecho Civil. Pero estas calidades, obtenidas en virtud de una ley, se consideran ordinariamente como verdaderos derechos adquiridos, pues, nacen del concurso de aquélla y de los hechos previstos.

En consecuencia, el *estado* y la *capacidad* que condicionan los derechos y que son en sí mismos, verdaderos derechos, son, además, el denominador común de todas las instituciones jurídicas.

Así planteada la cuestión debemos estudiar estas dos calidades llamadas *estado* y *capacidad*.

Barros Errázuriz, dice, refiriéndose al *estado*: «En un sentido lato, puede llamarse *estado* a ciertas calidades de la persona que relacionándola con los demás hombres fijan su condición en la sociedad, calidades que la ley toma en cuenta porque originan derechos y obligaciones. Tomada la palabra en este sentido, el *estado* de una persona comprende todas las relaciones de que es susceptible, tanto las de Derecho Público, por la situación que ocupa en la sociedad civil de la cual es miembro, como las relaciones de Derecho Privado que nacen de su situación en la familia. Pero el Código Civil al tratar del *estado* de las personas lo hace en un sentido más restringido. Prescindiendo de las relaciones del individuo con el Estado, que son materia del Derecho Público, el Derecho Civil se ocupa del *estado civil* de las personas, principalmente en orden a sus relaciones de familia, en cuanto esas relaciones le originan derechos y obligaciones del orden privado».

Aceptados estos dos puntos de vista y considerando el *estado* del Derecho Civil nos dice el autor citado que aquél corresponde principalmente a las personas en orden a sus relaciones de familia. Este aspecto nos obligaría a concluir que no puede concebirse el *estado* sin las relaciones de familia, lo cual no aparece del todo cierto porque pueden ponerse algunos ejemplos que demostrarían que un individuo puede actuar con su *estado civil*, completamente fuera de toda relación de familia.

El *estado civil* de divorciado es uno de esos ejemplos. Se dirá que el divorcio ha puesto fin al contrato de matrimonio pero no a la familia. Este argumento no convencería por la sencilla razón de que la unidad del matrimonio es, a la vez, unidad de la familia, de modo que alterado aquél se altera también ésta. Es indudable que, a pesar del divorcio,

pueden quedar subsistentes algunas obligaciones, según sea el carácter de la legislación que regule el matrimonio y el divorcio, pero éllas ya no serán propiamente relaciones de familia actual, sino de una familia que fué y dejó de ser.

El estado civil de hijo ilegítimo existe en varias legislaciones, incluso en la nuestra, y nadie podrá afirmar que este estado depende de una *relación de familia*, porque precisamente ha sido legislado para garantizar jurídicamente al individuo que carece de las ventajas de la familia.

Ciertamente que en la realidad de los hechos puede hablarse de *familia ilegítima*, como la que compondrian, supongamos tres individuos reconocidos como hijos ilegítimos, con respecto a su padre reconociente. Pero no es de esta *familia* de la que trata principalmente el Derecho Civil, porque el término tiene una significación precisa.

El estado civil de las personas, juntamente con la capacidad son, hemos dicho, el denominador común de todas las instituciones jurídicas del Derecho Civil, no sólo de la institución de la familia que evoca su reglamentación jurídica llamada matrimonio. Cosa distinta es que algunas o muchas de las instituciones civiles se originen o dependan del matrimonio (patria potestad, alimentos, emancipación, etc.) pero sin que esto quiera decir que no queden otras, que requieran del estado civil y que nada tengan que ver con las relaciones de familia.

Estudiemos las nociones del estado y de la capacidad, tomando como base las definiciones de nuestro Código Civil para luego referirnos al criterio de algunos autores y comentaristas, que se ocupan de estos asuntos tan primordiales para las aplicaciones de la ciencia objeto de nuestro estudio.

En el Art. 294, nuestro Código dice que *el estado civil, es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles*.

Nada se habría perdido, dentro de las necesidades de sistema a que está sujeto todo Código, que la definición transcrita conste en el párrafo 5º. del Título Preliminar, que trata de la *definición de varias palabras de uso frecuente en las leyes*. La definición la encontramos en el Título XVI, relacionado con las pruebas del estado civil. En este mismo Título no consta una enumeración completa de los diversos estados civiles de la persona. Apenas se han citado unos cuantos ejemplos que no pueden ser ni son todos

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

los casos de estado civil. Estos ejemplos son los relativos al estado de casado o viudo, al de padre o hijo legítimo, al de padre, madre o hijo natural.

La definición que el Código trae acerca del estado, como puede observarse es demasiado general y, por lo mismo, imperfecta. Baste anotar que hay estados civiles que precisamente inhabilitan al individuo para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles; son verdaderos estados y sin embargo se encuentran fuera de la definición del Código. Tales son, entre otros, el estado de mujer casada y el de interdicto que algunos autores consideran como incapacidades y no como estados propiamente dichos, sin que hubiesen, desde luego, indicado exactamente la línea de división conceptual entre el estado y la capacidad, que, a nuestro modo de ver, es problema de veras complejo, a la vez que primordial para los diversos aspectos de conflicto que en materia de estatuto personal considera el Derecho Internacional Privado.

La capacidad legal está definida en el inciso último del Art. 1.435, en la siguiente forma: *La capacidad legal de una persona consiste en poder obligarse por si misma y sin el ministerio o la autorización de otra.*

Si comparamos las dos definiciones de estado y capacidad, no encontramos ninguna diferencia; y habría que concluir que ambos elementos son una misma cosa de atenernos exclusivamente a los conceptos que define el Código.

En efecto, la calidad de un individuo que le habilita para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles (estado), parece idéntica a la facultad de ese mismo individuo para obligarse por si mismo (capacidad). De este modo, el estado y la capacidad no están circunscritos, cada uno en su plano jurídico propio; aparecen confundidos y mezclados; y esta imprecisión es tanto más inconveniente cuanto que con los dos términos (estado y capacidad) nuestro Código construye en el Art. 14 un sistema de derechos extraterritoriales que viene a ser justamente el estatuto personal de los ecuatorianos.

Veamos ahora el criterio de los autores y comentadores:

El Dr. Luis Felipe Borja en sus *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, condena la definición acerca del *estado civil*. Se expresa así: «Impropia nos parece tal definición; pues cuando se determina el estado civil no se atiende a los de-

rechos ni a las obligaciones que las personas pueden ejercer o contraer, sino a la condición en que viven o están».

«Sabido es —añade— que entre los romanos la palabra *persona* tenía como acepción primitiva la de máscara de teatro, y que de ahí la tomaron los jurisconsultos para significar los papeles que el hombre representa considerado civilmente. Cuando se habla del estado civil, investigase si un individuo es nacional o extranjero, soltero o casado, mayor o menor, hijo legítimo o natural; y prescindese absolutamente de que su condición le habilite para ejercer derechos o contraer obligaciones».

«La aptitud para ejercer derechos o contraer obligaciones es lo que se denomina capacidad; y enorme es la diferencia entre el *estado* y la *capacidad de la persona*». (Tomo 1º).

El pensamiento del jurisconsulto citado pone en evidencia el error en que incurre el Código Civil chileno (así como el ecuatoriano) al confundir el *estado* con la *capacidad*.

Se comprenderá en todo su alcance este error, si consideramos una vez más el concepto amplio del *estado civil*, tomado como situación de la persona dentro de la sociedad en que vive. Esta situación puede ser infinitamente variable y, por lo mismo, ser numerosos los casos de *estado civil*. Así, por ejemplo, desde que se consolida la personalidad, ésta es conocida en la sociedad por un nombre y un apellido permanentes. Al nombre de la persona se subordinan todos los actos que ella realice y no solamente los actos civiles sino toda clase de actos. Fulano de tal, extranjero o nacional, casado o soltero, divorciado o viudo, hijo legítimo o natural, el individuo de que se trate tendrá una cierta situación dentro de la sociedad en que vive, y esa situación, será el *estado civil* del mismo, sin hacer mención para nada de la aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones civiles.

Muy distinta cosa es que al *estado civil* corresponda una capacidad o una incapacidad, pero estos elementos son cuestiones jurídicas independientes con un sello propio y peculiar dentro de cada legislación. Así, por ejemplo, el *estado civil* de soltero, mayor de edad, hombre o mujer y no interdicto condiciona una capacidad legal perfecta. Otros estados civiles como el de hijo de familia, sujeto a la patria potestad en razón de la edad y el de mujer casada, determinan una cierta incapacidad por efecto de la ley que la establece.

Más arriba decíamos que tomando en cuenta la definición del Código acerca del estado y de la capacidad, la interdicción podía ser lo mismo una incapacidad que un estado. El interdicto por demencia, por ejemplo, tiene una calidad especial, ocupa un plano propio dentro de la sociedad en que vive y podría decirse que el estado civil de la interdicción le ha creado una incapacidad para ejercer derechos y contraer obligaciones; pero, en rigor lógico, es preciso considerar a la interdicción como afectando más a la capacidad que al estado. Un individuo interdicto por disipador y casado, no perdería su estado civil de casado, pero habrá perdido, desde la interdicción, legalmente declarada, la facultad de obligarse por sí mismo sin necesidad del ministerio o autorización de otra persona (aspecto de capacidad).

A estas mismas conclusiones llega Barros Errázuriz cuando, conectando el estado con el ejercicio de derechos y obligaciones, dice: «El estado es la calidad de una persona que fija sus derechos y obligaciones, y la capacidad legal es la aptitud o facultad para ejercer por sí misma esos derechos. Una persona puede ser capaz o incapaz, sin que por esto cambie su estado civil. Así, un varón casado, puede ser mayor o menor de edad; en un caso será capaz y en el otro, incapaz, sin que esto altere su estado civil de casado. Establecida la diferencia entre el estado civil y la capacidad debemos hacer presente que en muchos casos el estado influye directamente sobre la capacidad. Así una mujer soltera mayor de edad, es legalmente capaz; pero si se casa, el nuevo estado civil que ha adquirido por el matrimonio cambia su situación, haciéndola pasar a la categoría de las personas relativamente incapaces». (Curso de Derecho Civil.—Primer año).

Oigamos a Pillet disertar acerca del estado civil y de la capacidad:

«El estado, dice, representa la condición de la persona en la familia o en la sociedad a la cual pertenece».

Según este criterio, el estado representa la suma de los derechos y deberes vinculados a la condición social del individuo.

El mismo profesor recuerda, en lo que concierne a la capacidad, una distinción frecuentemente invocada por la doctrina y según la cual la capacidad tiene una doble conceptualización, según sea *capacidad de goce* o *capacidad de ejercicio*.

La capacidad de goce se refiere a los derechos que pueden pertenecer a la persona y especialmente desde el punto de vista internacional, a los derechos que en cada país son reconocidos al extranjero.

Según esta primera acepción, la capacidad ha quedado estudiada en el Capítulo de la Condición de los Extranjeros. La capacidad de ejercicio es materia propia del Capítulo de los Conflictos, porque se trata, en realidad, de la proyección internacional de leyes nacionales de carácter extraterritorial, en cuya categoría se encuentran precisamente las relativas al estado y a la capacidad.

La capacidad de ejercicio o de acción, según Pillet, es una calidad de la voluntad que hace que élla sea susceptible de producir efectos jurídicos regulares, o al contrario, en caso de incapacidad, que esa misma voluntad no esté considerada del todo, o que lo esté solamente en cierta medida, en atención a la ley.

Agrega el mismo tratadista que «el principio de la personalidad de las leyes de capacidad, significa que las calidades de la voluntad de la persona, una vez determinadas por la ley competente, siguen a esta persona en todo país, extendiendo su autoridad a todos los actos que élla puede hacer y a todos los bienes objeto de estos actos en cualquier lugar en que estén situados, y a la inversa, esas leyes no tienen ninguna autoridad sobre los extranjeros y sobre sus bienes situados en el país».

Esta opinión se refiere propiamente al efecto internacional de las leyes extraterritoriales; y la investigación que hacemos sólo persigue el objetivo de señalar el contenido de dichas leyes, indicando el campo de acción del estado y capacidad de los individuos.

En la obra de Derecho Internacional Privado de Asser y Rivier, vemos en un sólo concepto el contenido de esta clase de leyes. Dicen así los autores mencionados: «En las leyes referentes al estado y capacidad están comprendidas las que tocan a la calidad de hijo legítimo o ilegítimo, a la mayoría y minoría de edad, al estado de matrimonio y de celibato, al divorcio, filiación, poder paterno, adopción, emancipación, tutela, autoridad marital y derechos de la mujer casada; en una palabra cuantas leyes determinan las relaciones jurídicas de una persona con su familia, así como las que establecen si

es capaz, y dentro de qué límites, para realizar actos jurídicos».

En esta opinión no alcanzamos a ver ninguna elaboración doctrinaria; al contrario, el estado y la capacidad están confundidos y no se obtiene ningún resultado científico con una mera enumeración imperfecta. Toda clasificación debe partir de una idea previamente establecida, de una teoría o de un plan mental anticipadamente construidos, de modo que la clasificación o enumeración sean resultado directo del plan y no al contrario.

Probablemente los autores del Derecho Civil Internacional, no insistan en determinados aspectos jurídicos, porque los supongan ya conocidos por los estudios de Derecho Civil; pero es preciso advertir que hay muchos puntos en éste, que aún no han sido definitivamente cristalizados por la doctrina, necesitándose, por la misma razón, uniformar los criterios y universalizar los conceptos. Tal ocurre con el estado y capacidad de las personas; y su diversa calificación por las legislaciones es una prueba irrecusable de que aún está lejos de cumplirse el empeño conducente a una armónica conformidad entre las instituciones del Derecho Civil.

Asser y Rivier, agregan lo siguiente, al pensamiento arriba transcritó:

«La mencionada regla no se aplica a las leyes referentes a la cualidad de súbdito o ciudadano de un Estado, es decir, a la nacionalidad. Nunca, en efecto, la persona que según la ley de un Estado, es ciudadana, será considerada por éste, como extranjera por el sólo hecho de que, al mismo tiempo, goce de la ciudadanía en otro Estado, en virtud de la ley de este último, y teniendo o no en él su domicilio».

Esto equivale a decir que en los casos de doble nacionalidad, ningún Estado puede abdicar de la soberanía que tiene sobre sus súbditos nacionales condicionados por los sistemas originarios de adquisición del vínculo de la nacionalidad. Además, la regla, en sí misma, parece rechazar la existencia del estado civil de nacional o extranjero para un individuo determinado, por cuanto los autores citados dicen categóricamente que dicha regla no se aplica a las leyes referentes a la nacionalidad.

Si el estado civil es la calidad que tiene un individuo dentro de la sociedad, la posición o situación que ocupa en élla, es claro que la calidad de nacional o extranjero será un

estado civil, como lo afirma el Dr. Borja que, en este punto, discrepa del parecer de Asser y Rivier, discrepancia ésta que demuestra la variabilidad de criterios dentro de la doctrina de los autores.

Torres Campos, emite el siguiente concepto: «El estado de las personas es el conjunto de las cualidades que constituyen su individualidad jurídica. Las leyes civiles sobre el estado son las que conciernen a la cualidad de hijo legítimo o ilegítimo, de mayor o menor, célibe o casado, etc. La capacidad es la aptitud de una persona para gozar de diferentes derechos y particularmente de los derechos privados».

Nos parece aceptable decir que el estado es un *conjunto de cualidades*, pero no creemos que el problema de la capacidad se ha de limitar al *goce de los derechos*, porque esto sería mutilar la integridad general de la capacidad, ya que, como se ha dicho, la capacidad de goce no es sino la facultad del libre acceso a las instituciones del Derecho Civil. Pero cuando el acceso se ha realizado, cuando el individuo ha entrado, por decirlo así, en virtud de su dinámica jurídica, en el terreno de una institución cualquiera, como el matrimonio, la sucesión, etc. no puede por menos que producirse un *enraizamiento* del individuo en los derechos correlativos de la institución de que se trate. Esta honda vinculación forma un patrimonio jurídico, los derechos respectivos tienen que ejercerse; y por ello, y desde el punto de vista internacional, la capacidad de ejercicio y el estado civil, tienen proyección en el espacio, siguen a la persona a todas partes, son verdaderos derechos asegurados por leyes extraterritoriales. La unión entre el individuo y el derecho es inseparable como una soldadura autógena, y para mantenerla es preciso que se dé eficacia, en todas partes, a las leyes en que se fundan los derechos personales.

El Dr. Angel M. Paredes, en su *Teoría General del Derecho Civil Internacional*, refiriéndose al estado, dice: «Pero el estado civil no es una entidad unitaria, absoluta, indescomponible en sus partes, es por el contrario, compleja y sucesiva superposición de elementos o componentes, podríamos decir quizá, son varios estados civiles incorporados a una persona y con diversas consecuencias de derecho. Los romanos sabían descomponerlos en sintéticos rasgos, hablándonos de la máxima, media y mínima disminución de cabeza, según se perdía la libertad, la ciudad o la familia. Nosotros

habremos de referirnos a las últimas dos cualidades: junto a la nacionalidad del sujeto que lo califica como miembro de una sociedad política o de otra, están los atributos personales, o mejor de familia, de ser padre o hijo, emancipado o no, casado, soltero o viudo, implicando cada una de estas posiciones consecuencias múltiples de derecho».

Coincide este criterio con el de Torres Campos, en cuanto a la determinación del estado civil, cualidad múltiple, no calidad única e inseparable, elementos coexistentes en la individualidad jurídica, como los órganos de una entidad biológica cualquiera que dan la configuración especial de cada individuo dentro de los agregados sociales, el estado civil es la condición peculiar de las personas influenciadas por los factores sociológicos del grupo en que viven y que concreta los escalonamientos jurídicos del hombre con respecto a las instituciones del Derecho Civil.

Según lo dicho, el *estatuto personal*, es el equipo jurídico del individuo, integrado por los derechos que afectan a su estado, a su capacidad y a sus relaciones de familia y que se encuentran garantizados, en el orden internacional, por la propia naturaleza extraterritorial de las leyes que los regulan.

Bajo este concepto, consideraremos en la parte correspondiente, el *estatuto personal* de los ecuatorianos, según nuestras leyes y sus proyecciones desde el punto de vista del Derecho Civil Internacional, no quedándonos sino por indicar ciertos postulados generales, en los que guardan acuerdo muchos autores de Derecho Civil así como de Derecho Internacional Privado.

El estado civil es la condición del individuo, dentro de la sociedad a la que pertenece o en la que radica.

Se compone de una serie de cualidades que determinan la individualidad jurídica de la persona de que se trate.

Nace de hechos importantes entre los que se cuentan el nacimiento, el matrimonio y la muerte que son, según el Derecho Civil francés, *actos del estado civil*.

Del hecho del nacimiento pueden ocasionarse los estados, de hijo legítimo o ilegítimo, póstumo, expósito, etc.

Del hecho del matrimonio surgen los estados de padre de familia, de mujer casada, de hijo legítimo o de hijo legítimado.

El hecho de la muerte hace nacer el estado de heredero, de viudo o viuda, etc.

El estado civil se adquiere por actos voluntarios o ajenos a la voluntad.

Muchos estados civiles pueden coexistir en un mismo individuo.

La sucesividad de los estados, como regla general, refleja el desarrollo natural del individuo, dentro de la sociedad y con relación al tiempo de la vida.

El estado civil es irrenunciable, pero hay hechos y causas legales que ponen fin a un estado determinado para hacer nacer otro u otros.

La capacidad es facultad de goce y facultad de ejercicio.

La capacidad-goce se llama también capacidad potencial porque habilita a un individuo para acceder a las instituciones jurídicas del Derecho Civil, siempre que concurren los requisitos legales.

La capacidad-ejercicio, supone la capacidad-goce, y por aquélla se concretan los derechos adquiridos.

La capacidad o incapacidad no dependen de la voluntad del individuo, sino de la voluntad de la ley.

La capacidad por la mayor edad se opera naturalmente, sin que la voluntad pueda torcer los efectos jurídicos del hecho previsto por la ley.

La capacidad puede ser de tres clases: absoluta, relativa y particular; y de la misma manera puede ser clasificada la incapacidad.

Hay ciertas incapacidades que son consecuencia del estado civil, de modo que desaparecido éste, desaparecen aquéllas.

Hay otras incapacidades que dependen de hechos contrarios al orden general de la sociedad y con las cuales la ley limita la libertad del individuo, en beneficio de aquélla.

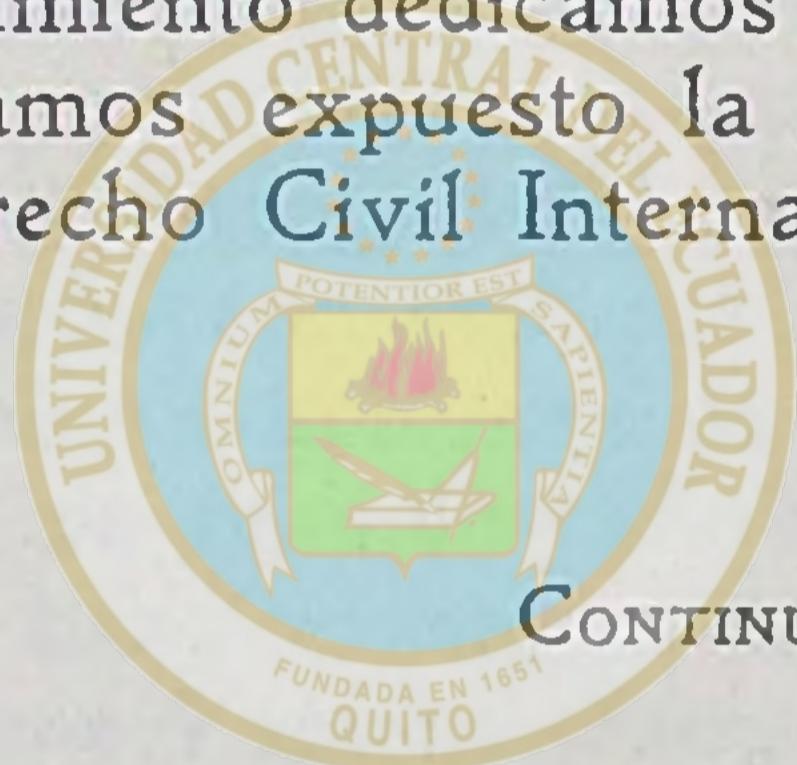
El grado de restricción de la libertad humana, dentro de la organización social civil, se mide por los grados y clases de incapacidad, correspondiendo a cada una efectos jurídicos distintos.

Nuestro Código, en el Art. 14, al concretar los derechos personales incorpora en el estatuto de los ecuatorianos, los derechos y obligaciones que nacen de las relaciones de familia. Estos derechos y obligaciones pueden ser de dos clases: personales y patrimoniales, ya entre cónyuges o ya entre padres e hijos. La doctrina, en esta parte y manteniendo

la diferencia coloca en el estatuto personal los derechos y obligaciones de la primera categoría, excluyendo para ciertos aspectos las relaciones patrimoniales que en el orden internacional pueden someterse, ya a la ley de la situación de los bienes, ya a la ley del domicilio. Participamos de este último criterio por las razones que expondremos en el capítulo destinado a tratar de los problemas de Derecho Civil Internacional en nuestra legislación.

Las conclusiones generales a las que llegamos no pueden por menos que demostrar que los derechos personales necesitan permanencia, en lo internacional, quedando, por lo mismo, en pie la cuestión de saber cuál sistema se compadecerá más con la estabilidad del estatuto personal.

¿Será el sistema de la ley nacional? ¿Será el sistema de la ley del domicilio? He aquí la materia misma de la controversia a cuyo conocimiento dedicamos las páginas siguientes, una vez que hayamos expuesto la teoría del domicilio y su función en el Derecho Civil Internacional.



CONTINUARÁ EL CAPÍTULO.

ÁREA HISTÓRICA
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL