

# Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo (\*)

- 3) Interpretación de la consecuencia jurídica de la norma de colisión.
  - a) En el Derecho de colisión interespacial.
    - aa) Teorías de hecho.
    - bb) Teorías de derecho.
      - a') Calidad específica del Derecho extranjero.
      - b') Cantidad del Derecho extranjero.
  - b) En el Derecho de colisión intertemporal.
- 4) Las características negativas de la norma de colisión.
  - a) Orden público.
    - aa) En el Derecho de colisión interespacial.
    - bb) En el Derecho de colisión intertemporal.
  - b) Fraude de la Ley.

III. Parte especial del Derecho de colisión interespacial e intertemporal.

## 3) INTERPRETACIÓN DE LA CONSECUENCIA JURÍDICA DE LA NORMA DE COLISIÓN.

### a) *En el Derecho de colisión interespacial* (1).

Si la norma indirecta interespacial declara aplicable un Derecho extranjero, surgen múltiples cuestiones acerca de lo que ha de entenderse por dicho término. Desde luego, Derecho extranjero no significa nunca todo el Derecho extranjero, sino solamente determinado sector del mismo. Esta limitación resulta del tipo legal. Si, por ejemplo, hemos de aplicar Derecho norteamericano al fondo del contrato, no hemos de aplicar sino aquellas normas del Derecho norteamericano que, según nuestra toma de posición en el problema de las calificaciones, pertenecen al fondo del contrato. En otras palabras: Si hemos interpretado la norma indirecta por el Derecho material del Juez, la

(\*) Véase el número 198 de esta Revista.

(1) Véase nuestro libro «La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado» (Barcelona, Bosch, 1935).

concepción del Derecho material del Juez determina las normas norteamericanas pertenecientes al fondo de los contratos. Si, en cambio, interpretamos la norma indirecta según el Derecho norteamericano, éste nos indicará las normas pertenecientes al fondo de los contratos. Si, finalmente, nuestra interpretación se realizó por una concepción propia al Derecho de colisión interespacial, esta misma concepción nos enseñará las normas extranjeras aplicables. Hay quienes distinguen dos cuestiones, argumentando del siguiente modo: La norma indirecta se limita a declarar aplicable un Derecho determinado a una situación de hecho; luego este Derecho declarado aplicable califica en plena libertad la situación de hecho. De este modo nos encontraremos dos veces con el problema de las calificaciones; y hay quienes aplican la primera vez la teoría de la "lex fori" y la segunda la de la "lex causae", o la primera la "teoría de la autarquía" y la segunda la teoría de la "lex causae". Esta concepción nos parece errónea (1). La norma indirecta no declara aplicable a una situación de hecho un Derecho extranjero. Mas bien incluye en su tipo legal una situación de hecho, aplicando a ella aquel sector del Derecho extranjero que reglamenta las cuestiones previstas en el tipo legal de la norma indirecta. Ni que decir tiene que las normas del Derecho material extranjero requieren una interpretación como toda norma jurídica, y ni que decir tiene tampoco que esta interpretación ha de realizarse dentro del espíritu del Derecho material extranjero. Pero induce a errores y confusiones llamar la mencionada interpretación ordinaria "calificación", y la doctrina como ha de llevarse a cabo tal interpretación "teoría de la *lex causae*".

Por lo demás, la interrogante de más peso es la formulada por la calidad del Derecho extranjero. ¿Hemos de considerarlo como un conjunto de hechos o como un conjunto de normas jurídicas? En la contestación se separan las "teorías de hecho" de las "teorías de derecho".

aa) *Teorías de hecho.*

La principal "teoría de hecho" es la de Beale, de la Universidad de Harvard. Beale considera los derechos subjetivos, creados en el extranjero bajo la tutela de la ley extranjera, como meros hechos, a los que la norma de colisión enlaza efectos jurídicos. Wigny modifica la teo-

(1) Contra una forma determinada de ella, véase en «Nouvelle Revue», l. c., págs. 25 a 27.

ría de Beale, al enlazar efectos jurídicos a los hechos que, según la ley extranjera, producen tales efectos, sin exigir—como Beale—que un derecho subjetivo se haya producido efectivamente bajo el amparo de la ley extranjera. Beale materializa, al materializar el derecho subjetivo creado en el pas extranjero, indirectamente el Derecho material y de colisión de aquel país. Wigny materializa sólo el Derecho material extranjero.

La segunda “teoría de hecho” es la del “uso jurídico”. Según esta teoría, la norma de colisión, al declarar aplicable Derecho extranjero, se refiere a la sentencia probable del Juez extranjero sobre la cuestión incluida en el tipo legal de la norma de colisión y calificada debidamente. La “teoría de derecho” exigen del Juez nacional que declare qué Derecho rige en el extranjero. La “teoría del uso jurídico”, en cambio, exige del Juez nacional que compruebe lo que los Jueces extranjeros declaran como Derecho en su patria respectiva. Según las “teorías de derecho”, el Juez nacional, como verdadero juez, falla respecto al Derecho extranjero el imperativo: “ita jus esto”; según la “teoría del uso jurídico extranjero”, el Juez nacional se comporta frente al Derecho extranjero como un abogado consultado sobre la probabilidad de éxito de un asunto, llegando a un juicio de probabilidad: “así será probablemente la sentencia”. Nuestro problema no tiene nada que ver con la interpretación del término “derecho extranjero” en las “teorías de derecho”. Según todas las “teorías de derecho”, ha de entenderse por “derecho” toda norma jurídica vigente y no sólo el texto verbal de la norma legal. Pero este problema de interpretación está separado por un abismo de la lucha entre las “teorías de derecho” y las “teorías de hecho”. Las “teorías de derecho” afirman que por Derecho extranjero ha de entenderse el conjunto, más o menos limitado, de las normas jurídicas extranjeras debidamente interpretadas. La “teoría del uso jurídico” sostiene que la norma de colisión hace referencia a la sentencia probable del Juez extranjero. La teoría del uso jurídico reclama validez para el Derecho de colisión internacional. La situación jurídica del Derecho interregional (1) es tal vez diferente.

Sean mencionadas algunas consecuencias de la “teoría del uso jurídico”:

(1) Cf. Hubernagel, l. c., págs. 20 y 21.

1.<sup>a</sup> Teóricamente elimina nuestra concepción el dificultoso conflicto entre el orden jurídico interno y el orden jurídico internacional, origen de todas las teorías de la incorporación. El orden jurídico representa una unidad cerrada de normas que emanan de una norma fundamental. No puede entrar en este orden interno una norma extranjera que emana de otra norma fundamental. La conversión de la norma extranjera en una norma interna fracasa sobre todo por la esterilidad de las teorías de la incorporación, puesto que de hecho no equiparan la norma extranjera y las normas patrias. La doctrina que aplica el Derecho extranjero como tal Derecho extranjero abandona la filosófica separación entre orden interno y orden internacional; y, sobre todo, no es fértil. Bien es verdad que, según ella, el Derecho extranjero tendrá un papel inferior al Derecho nacional. No obstante, no somos capaces de contestar la multitud de cuestiones concretas que el problema de la aplicación de Derecho extranjero nos plantea. La "teoría del uso jurídico", en cambio, introduce el Derecho extranjero como mero hecho, respetando la concepción del orden interno como emanación de una norma fundamental, y dándonos, además, la pauta para la solución de muchos problemas prácticos.

2.<sup>a</sup> Nuestra teoría constituye una forma correcta del reenvío. Si las normas de colisión declaran aplicable Derecho extranjero, el Juez ha de buscar la sentencia probable del Juez extranjero. Prácticamente llegamos con esta doctrina a resultados semejantes como la teoría de la remisión integral. Pero mientras que ésta nos lleva al célebre juego de referencias mutuas, nuestra teoría escapa a este reproche. Dos legislaciones pueden referirse mutuamente "ad infinitum". Dos Jueces, en cambio, no pueden invocarse mutuamente hasta la eternidad. La prohibición de negar justicia impide este juego. He aquí el punto *arquimédico*. Una sentencia probable del Juez extranjero ha de existir forzosamente.

3.<sup>a</sup> Si en el Derecho declarado aplicable existe una pluralidad de ordenamientos jurídicos—supuesto en el que, por lo demás, fracasa la teoría que refuta el reenvío—, nuestra teoría lleva directamente a la solución del problema. En primer lugar, hay que aplicar el Derecho interregional extranjero; a falta de éste, hemos de aplicar el Derecho internacional privado extranjero, mediante una "analogía juris", puesto que así procedería, probablemente, el Juez extranjero. Si existieren varios Derechos de colisión internacional diferentes, hay

que recurrir a aquel que rige para los Tribunales a los cuales el demandante hubiera podido llevar el pleito.

4.<sup>a</sup> Sobre todo, nuestra teoría ofrece las soluciones vigentes de Derecho Procesal respecto a la aplicación del Derecho extranjero. Tanto es así, que desde hace mucho tiempo se considera en el Derecho Procesal el Derecho extranjero como mero hecho. He aquí algunos problemas interesantes: ¿Puede el Juez invocar el Derecho extranjero de oficio o debe él esperar hasta que las partes lo aleguen y tal vez también hasta que lo prueben? ¿Motiva una violación, interpretación errónea o aplicación indebida del Derecho extranjero el recurso de casación con arreglo al artículo 1.692, núm. 1 de la Ley de Enjuiciamiento civil, o da tal infracción sólo lugar al recurso de casación a los efectos del artículo 1.692, núm. 7 de dicho Cuerpo legal? En todas estas cuestiones el Derecho extranjero tiene el tratamiento procesal de los hechos. Ahora bien; este enunciado es independiente del problema legislativo procesal: ¿qué tratamiento debe prescribirse para los hechos? Puede ser que el principio dispositivo que hoy día rige en esta cuestión sea abolido como injusto y que se proclame el postulado de la investigación oficial de los hechos. La investigación oficial se extendería en esta hipótesis también al Derecho extranjero. Además, tratar el Derecho extranjero como hecho, no quiere decir tratarlo forzosamente como la mayoría de los hechos. La mayoría de los hechos se prueban, por ejemplo, mediante la prueba solemne, es decir, con un número determinado de determinados medios de prueba. Podemos, en cambio, incluir el Derecho extranjero en el círculo de aquellos hechos que han de probarse mediante la prueba libre, es decir, con cualquier medio de prueba (libros científicos, etc.). Es muy aleccionador para nuestra teoría el caso en que el Derecho extranjero resulta desconocido. Un caso así puede ocurrir fácilmente. Encontramos, por ejemplo, en Müller, "Die deutsche Rechtsprechung im Jahr 1934", una sentencia de la Audiencia Territorial de Hamburgo del 26 de abril de 1934 (págs. 245 a 247), según la cual el Tribunal alemán, entre otras cosas, no era capaz de comprobar si el matrimonio de un español con una francesa, no inscrito en el Registro del Consulado español, se considera en España válido, anulable o nulo. Algunos autores aplican en este supuesto como "ultimum refugium" la "lex fori". Otros, en cambio, exigen que se aplique aquel Derecho nacional o extranjero que tenga el mayor parentesco con el Derecho des-

conocido. Esta solución parece justa. En nuestro caso, no se debería aplicar el Derecho alemán como "lex fori", sino el Derecho italiano o francés. Pero, ¿cómo se quiere justificar este procedimiento evidentemente justo, si se considera el Derecho extranjero como Derecho? La "teoría del uso jurídico" no tiene, en cambio, dificultades. La aplicación de un Derecho semejante al aplicable nos lleva a la sentencia del Juez extranjero con el máximo grado posible de probabilidad.

Refutemos a continuación algunas objeciones que se han hecho contra la "teoría del uso jurídico" (1):

1.<sup>a</sup> La "teoría del uso jurídico" separa, en efecto, las normas de colisión que declaran aplicable el propio Derecho, de las que mandan aplicar el Derecho extranjero, puesto que en el primer supuesto la referencia se hace a auténtico Derecho, en el segundo a la sentencia probable del Juez extranjero. Pero esta distinción es el fiel reflejo teórico de la diferenciación práctica existente entre los dos supuestos. La mera existencia de tantas teorías sobre la aplicación de Derecho extranjero prueba la particular dificultad relacionada con aquellas normas indirectas que mandan dicha aplicación (v. Mezger, 1. c., página 159).

2.<sup>a</sup> En algunos casos, se objetó, el Juez nacional es incapaz de resolver a imagen y semejanza del Juez extranjero.

a) Puede ser que en el Derecho extranjero no exista ningún precedente del caso de autos. Este supuesto puede, efectivamente, existir, y en él el Juez nacional tendrá que conocer cómo cree que conocería el Juez extranjero. Sin embargo, la diferencia entre su actividad y la del Juez extranjero sigue en pie, y es análoga a la diferencia entre un abogado que informa sobre un asunto todavía nunca ventilado y el Juez que falla sobre dicho asunto. El abogado no dice lo que es Derecho—las partes tampoco lo desean saber—, sino lo que el Tribunal sentenciará teniendo en cuenta todos los elementos aprovechables. El Juez falla su: "ita jus esto!".

b) En otra hipótesis, el fallo del Juez extranjero es conocido,

(1) Véanse a lo que sigue: Maury, «Règles générales... 1. c.»; Mezger, en «Nouvelle Revue de Droit International Privé», 1935, págs. 157 a 160 y 466 y ss.; Sigmund Sichel, en «Yale Law Journal», mayo de 1936; Frankenstein, en «Revue Internationale de la Théorie du Droit», Année X, Cah. 3; Angelo Piero Sereni, ibidem Cah. 2; Balogh, «Neue Theorien über Internationales Privatrecht», in «Streit-Festschrift», Band I. 1939, págs. 92 y 93.

pero de difícil imitación. Supongamos, por ejemplo, que el Juez español tenga que fallar sobre la sucesión hereditaria en una finca española de un causante francés. El Derecho español declara aplicable el Derecho francés (art. 10, párrafo 2.º del Código civil). Mas el Juez francés ha de declararse incompetente en un supuesto así, según la más reciente jurisprudencia de la "Cour de Cassation" (Cass. civ., 5. VII, 1933; v. "Nouvelle Revue", 1934, pág. 75). Sin embargo, el Juez español puede llegar a una decisión del fondo del asunto, teniendo en cuenta las razones de la declaración de incompetencia del Juez francés. Las razones son que, con arreglo a la doctrina francesa, nuestro caso debe resolverse por el Juez español y en virtud del Derecho español. El Juez español debe, por consiguiente, aplicar su propio Derecho (v. Balogh., 1. c.).

c) Finalmente, se alega (v. Balogh, 1. c.) el siguiente caso contra la "teoría del uso jurídico": Dos griegos celebran en Alemania un matrimonio religioso. Nace de este matrimonio un hijo. El Juez alemán debe juzgar la validez formal del matrimonio según el Derecho alemán; la legitimidad del hijo, según el Derecho griego. El matrimonio es nulo en Alemania, válido en Grecia. ¿Cómo puede el Juez alemán resolver la legitimidad conforme la resolvería el Juez griego, si para éste el matrimonio resulta perfectamente válido? Tal vez—sigue Balogh—se intenta decir que el Juez alemán haya de decidir conforme decidiría el Juez griego, si el matrimonio fuera considerado por él como nulo. Pero si se aprueba este razonamiento, se puede (siempre según Balogh) en la cuestión del reenvío exigir que se considere aplicable el Derecho material extranjero (haciendo caso omiso de la norma indirecta extranjera contraria) o admitir que los hechos hubieran ocurrido de tal forma que, según la norma indirecta extranjera, el Derecho material extranjero resulte, en efecto, aplicable. Hemos de traer a capítulo lo que sostenemos acerca de la naturaleza jurídica del hecho a subsumir, por una vertiente, y acerca de la extensión del Derecho aplicable según una norma de colisión, por la otra vertiente. Los hechos de nuestro caso son meros hechos con referencia a las disposiciones sobre la legitimidad de hijos. Pero por ello no han de carecer en absoluto de elaboración jurídica realizada por otras normas diferentes. En efecto, entre los meros hechos a los efectos de las prescripciones acerca de la legitimidad de los hijos se halla el hecho de un matrimonio nulo. Este hecho resulta de la aplicación de diferentes normas jurídicas sobre

el matrimonio; pero no deja de ser un mero hecho respecto a otras normas todavía sin aplicar. Por el otro lado, es erróneo creer que el Derecho griego es aplicable al caso de autos en su totalidad. El Derecho griego es aplicable exclusivamente al problema de la legitimidad del hijo, problema éste que ha de resolverse sobre la base de los hechos conforme resultan después de haber pasado a través de una previa elaboración jurídica. El reenvío ofrece una situación completamente distinta. La aplicación del Derecho material extranjero supone o que suprimamos mentalmente la norma de colisión extranjera, precisamente en aquel sector del caso que al Derecho extranjero está sometido, o que supongamos, por ejemplo, que el causante no haya tenido su domicilio en España, donde realmente lo tuvo, sino en Inglaterra, donde no lo tuvo, con lo cual modificamos los mismos hechos que deben ser resueltos con arreglo al Derecho extranjero. Una cosa es, por consiguiente, aplicar el Derecho extranjero a un sector determinado del caso que antes ha sido elaborado por otras normas jurídicas aplicables—ello no es sólo lícito, sino lo único que jurídicamente es permitido—y otra muy diferente es modificar el Derecho extranjero aplicable o modificar los hechos ya seleccionados—ello es inadmisibile—.

3.<sup>a</sup> La "teoría del uso jurídico" no afirma que la actividad del Juez nacional, al aplicar Derecho extranjero, sea idéntica a la actividad judicial al comprobar meros hechos (v. Frankenstein, l. c.). La actividad del Juez nacional frente al Derecho extranjero no es la de un perito procesal, sino la de un abogado, es decir, es actividad jurídica. "C'est... une opération logique qui au point de vue de sa technique ne diffère pas de l'interprétation du droit interne" (Frankenstein). Pero frente al Derecho nacional el Juez es el "brazo prolongado" del legislador: "la bouche de la loi", y sus sentencias establecen autoritativamente el Derecho; frente al Derecho extranjero, en cambio, es el Juez mero informador. Por ello, sus informes jurídicos no tienen dignidad diferente de sus informes sobre hechos, aunque, naturalmente, la comprobación del Derecho extranjero es intrínsecamente diferente a la comprobación de hechos.

4.<sup>a</sup> Maury (l. c., págs. 66 y ss.) objeta que el informe jurídico sobre el Derecho extranjero sea capaz de cierta generalización a diferencia de un informe sobre meros hechos. Pero aunque la posibilidad de generalizar una sentencia judicial es condición necesaria del papel del Juez como creador del Derecho, no es condición suficiente, puesto



que le hace falta además la autoridad estatal para fallar el: "ita jus esto". Según la "teoría del uso jurídico", el Estado niega al Juez esta autoridad.

5.<sup>a</sup> Entre la "teoría del uso jurídico" y las "teorías de Derecho" no hay término medio. Con ello no queremos combatir la tesis de Frankenstein (l. c.) de que la actividad del Juez al comprobar Derecho extranjero sea intermedia entre la comprobación de hechos auténticos y la aplicación del Derecho nacional. Nos referimos en este lugar al tratamiento jurídico del Derecho extranjero. Sichel (l. c.) pregunta: "Even if it is granted that in a sense the judicial process creates law, does it follow that the courts of State A, by deciding particular cases in A, on the basis of rules formulated in State B, attempt to frame rules to be observed in B?" Las "teorías de Derecho" han de afirmar esta interrogante; la "teoría del uso jurídico" la niega. Si el Juez nacional se coloca frente al Derecho extranjero en la misma situación que respecto al Derecho nacional o sólo en una situación semejante, el Juez nacional usurpa el "rôle" del Juez extranjero, y pretende crear Derecho extranjero, aunque ello aconteciera sólo mediante un efecto indirecto, pero necesario, de la sentencia. Si se indica, en cambio, al Juez nacional el papel de un simple informador sobre el Derecho extranjero, hay que someterle a la obediencia absoluta al Derecho extranjero, salvo, claro está, el orden público nacional.

bb) *Teorías de derecho.*

Las "teorías de derecho" coinciden en la calidad general del Derecho extranjero: es auténtico Derecho. En cambio, discrepan acerca de si el Derecho extranjero se aplica como Derecho extranjero o como Derecho nacional, mejor dicho: nacionalizado. Las "teorías de Derecho" discrepan, por tanto, en lo que atañe a la calidad específica del Derecho extranjero. También se discute la cantidad del Derecho extranjero aplicable.

a') *La calidad específica del Derecho extranjero.*—La teoría en Europa aún dominante aplica el Derecho extranjero como Derecho y como extranjero. Teóricamente, ésta teoría se expone al reproche de no explicar el hecho extraño de que las autoridades de un país obedecen a órdenes de autoridades extranjeras. Prácticamente, la teoría dominante tiene la ventaja de justificar que el Derecho extranjero, pese a

ser Derecho, precisamente por ser extranjero sufra un tratamiento menos favorable que el propio Derecho nacional.

El segundo grupo de teorías consideran el Derecho extranjero como Derecho nacional. Se denominan, acertadamente, "teorías de la incorporación" (1). Su razón de ser existe en su deseo de cohonestar el nacionalismo con la aplicación de Derecho extranjero. Las "teorías de la incorporación", a su vez, son o "teorías de la incorporación legal" o "teorías de la incorporación judicial". Las primeras sostienen que el Derecho nacional naturaliza el Derecho extranjero. Pueden revestir dos formas. La "teoría de la incorporación legal material" afirma que el Derecho nacional naturaliza para cada caso concreto las normas extranjeras aplicables. La "teoría de la incorporación legal formal" mantiene, en cambio, que el Derecho nacional abarca desde siempre y para siempre todos los Derechos extranjeros, nacionalizándolos. La "teoría de la incorporación judicial" parte del supuesto filosófico de que el Derecho consiste exclusivamente en los fallos judiciales. Por consiguiente, el propio país incorpora a sí el Derecho extranjero mediante las sentencias de sus Jueces. Como el Derecho extranjero consiste asimismo de fallos judiciales, ellos constituyen la materia de la incorporación. Algunos autores confunden la "teoría jurídica de la incorporación judicial" con la "teoría de hecho del uso jurídico". Pero en la "teoría jurídica de la incorporación judicial" la relación entre el propio Juez y el Juez extranjero es la relación entre dos legisladores, de los cuales el primero copia la ley del segundo. En la "teoría de hecho del uso jurídico" la relación entre los dos Jueces es la relación entre un Abogado y un Juez, adaptando el Abogado sus medidas al probable fallo del Juez. La última teoría es independiente de la fe en el *judge made law*, aunque esta fe pueda proporcionarle tal vez argumentos favorables. La "teoría jurídica de la incorporación judicial" es inseparable de la mencionada fe.

b') *La cantidad del Derecho extranjero.*

Las "teorías de derecho" deben determinar el conjunto de normas extranjeras que ha de ser aplicado. ¿Han de aplicarse las normas de

(1) Extraña que estas teorías encuentran tan poco eco en España, la cual incorpora a su Derecho civil común el Derecho canónico (art. 75 del Código civil y R. D. del 19 de mayo de 1919) y a algunos Derechos forales, además del Derecho canónico, el Derecho romano.

colisión extranjeras y sólo a través de ellas el Derecho material extranjero o cualquier otro Derecho material que indiquen? ¿Han de aplicarse las normas de colisión extranjeras y sólo a través de ellas el Derecho material extranjero, recurriéndose, en cambio, de nuevo al propio Derecho de colisión, si el Derecho de colisión extranjero declarara su Derecho material inaplicable, sin que hagamos caso de su referencia a otro Derecho material? O ¿hemos de aplicar, finalmente, el Derecho material extranjero, sin hacer caso, en absoluto, del Derecho de colisión extranjero? Según la primera teoría, conocida como "teoría que admite el reenvío", se aplica en su caso todo el Derecho extranjero, por lo cual puede ser denominada "teoría de la referencia máxima". Con arreglo a la segunda doctrina, conocida como "teoría del desistimiento", han de aplicarse sólo aquellas normas de colisión extranjeras que declaran aplicable el Derecho material extranjero. He aquí la "teoría de la referencia media". La tercera teoría, que se conoce como "teoría que rechaza el reenvío", aplica sólo el Derecho material extranjero, mereciendo, por consiguiente, el rótulo de "teoría de la referencia mínima". Gráficamente las tres doctrinas pueden compararse: la última, con una invitación de cumplimiento que "nolens, volens", ha de ser aceptada; la segunda, con una invitación, la que el invitado puede aceptar o declinar, cursando en el último supuesto el anfitrión una nueva invitación a otra persona o prescindiendo de toda invitación; y la primera, con una invitación, la que el invitado puede aceptar o transferirla, él mismo, a otra persona.

Conforme a nuestro plan de limitarnos a plantear los problemas en su estructura formal y a atribuirles su lugar sistemático, no entraremos tampoco en el fondo del problema del reenvío. No obstante, séanos permitida una advertencia. En algunos casos la justicia reclama que dejemos resolver un asunto por una persona determinada sin que nos importe el contenido de la resolución (salvo graves abusos de parte de dicha persona). En otros casos la justicia exige una solución determinada del asunto. Tal vez se pueda hablar en el primer supuesto de "justicia procesal"; en el segundo, de "justicia material". Ahora bien; el problema del reenvío se reconduce a la siguiente cuestión: si la norma indirecta propia manda aplicar Derecho extranjero, ¿desea ella abandonar la resolución del asunto al Estado extranjero o cree ella que el Derecho material extranjero le da una solución justa? En otras palabras: ¿Fúndase la norma de colisión propia, al declarar

aplicable Derecho extranjero, en la justicia procesal o en la justicia material? En la primera hipótesis, procede o la "teoría de la referencia máxima" o la "teoría de la referencia media"; en la segunda hipótesis hay que aplicar la "teoría de la referencia mínima". A primera vista la cuestión planteada parece asaz dudosa. No obstante, existen argumentos a favor de la justicia procesal. En efecto, el legislador del Derecho de colisión puede haber conocido todos los Derechos materiales del mundo en el momento de la codificación del Derecho de colisión y puede haber adaptado sus normas de colisión a su opinión sobre la justicia material de aquellos Derechos materiales en los diferentes casos con elementos extranjeros. Pero el Derecho extranjero aplicable no es forzosamente el Derecho extranjero vigente en el momento de la codificación del propio Derecho de colisión, sino el Derecho material extranjero en el momento en que se juzga el caso o en el momento en que el caso se realiza. Este Derecho material es desconocido al legislador de las normas indirectas. Mal puede haber juzgado, por tanto, su justicia. Por consiguiente, el legislador de las normas indirectas quiso abandonar el asunto a la resolución del legislador extranjero. Así llegamos al reenvío, cuyos defectos accesorios se subsanan en la "teoría del uso jurídico".

b) *En el Derecho de colisión intertemporal.*

Todas las doctrinas expuestas para el Derecho de colisión interespacial son imaginables también para el Derecho intertemporal. Naturalmente, hay que tener en cuenta las particularidades del Derecho transitorio. La doctrina dominante en la jurisprudencia\* concibe el Derecho derogado como mero hecho; defiende, por tanto, una "teoría de hecho", deduciendo de ella numerosas consecuencias para el tratamiento procesal del Derecho derogado; las partes han de alegar y de probarlo; se prueba como un hecho; su infracción no da derecho al recurso de casación por infracción de ley y de doctrina legal, etc. No obstante, en el Derecho transitorio, las "teorías de derecho" encuentran menos dificultades que en el Derecho Internacional Privado. Puede ser difícil explicar que en un país se aplique Derecho de otro; pero no es tan difícil aceptar que en un país en que para la mayoría de los casos ya rige la ley nueva, para una minoría de casos rija todavía la ley antigua. Las "teorías de derecho", en lo referente a la calidad específica, pueden considerar el Derecho derogado como derogado, pero

aplicable, o pueden mantener su incorporación al Derecho vigente. En lo tocante a la cantidad caben las tres teorías de la referencia máxima, media y mínima. Pero el argumento principal a favor de las primeras dos teorías no sigue en pie. La norma transitoria se funda en la justicia material del Derecho derogado. Por consiguiente, hemos de aplicar la "teoría de la referencia mínima".

#### 4) LAS CARACTERÍSTICAS NEGATIVAS DE LA NORMA DE COLISIÓN.

a) *Orden público.*

aa) *En el Derecho de colisión interespecial (1).*

El orden público es la característica negativa típica de la norma indirecta. Su importancia práctica es muy grande. Recientemente, la jurisprudencia española ha dictado dos interesantes sentencias a este efecto (2). La voz "orden público" se refiere a tres grupos de normas diferentes: 1.º El término "orden público" se refiere a la cláusula de reserva (por ejemplo, art. 11, párrafo 3.º del Código civil), que acompaña cualquier norma indirecta que manda aplicar Derecho extranjero (pese al texto verbal del art. 11, párrafo 3.º, que sólo hace referencia al 10 y al 11, párrafo 1.º). 2.º En segundo lugar, han de entenderse por "orden público" todas aquellas normas directas que no admiten una derogación por el Derecho extranjero (por ejemplo, 669 del Código civil). Estas normas se llaman "normas rígidas". 3.º En tercer lugar caen bajo el concepto de orden público ciertas normas indirectas, cuya función es la de declarar aplicables las normas directas rígidas y el alcance de su aplicabilidad (por ejemplo, art. 733 del Código civil). Estas "normas indirectas de orden público" dan lugar a la discusión principal en nuestro problema. La "Escuela de Mancini" afirma, en defecto de declaración legal contraria, la imposibilidad de derogar las normas rígidas. La "Escuela de Savigny", en cambio, sostiene en principio su derogabilidad, oponiéndose las mismas sólo a resoluciones escandalosas del caso concreto a base del Derecho extranjero. La "ventaja" práctica de la primera doctrina consiste en que permite al Juez aplicar directamente su propio Derecho material sin

(1) Cf. en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, págs. 421 y 422.

(2) S. 23-II-1944 y nuestro comentario en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1944, págs. 406, 407; y S. 12-V-1944 en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1944, págs. 754 y 755.

tener en cuenta el Derecho extranjero. La segunda teoría exige la aplicación provisional del Derecho extranjero que llega a ser definitiva, a no ser que su solución resultara escandalosa. Un caso nos aclarará la diferencia teórica y práctica que media entre ambas concepciones. Supongamos un contrato entre un alemán y un español en que interviene dolo. La parte engañada exige después de dos años la anulación ante Tribunales españoles. La "Escuela de Mancini" argumenta del siguiente modo: La anulabilidad de un contrato, conseguido mediante dolo, es tan esencial, que hemos de aplicar los arts. 1.300 y siguientes del Código civil español, sin que nos importe la aplicabilidad y el contenido del Derecho extranjero. El Derecho español concede la anulabilidad (art. 1.265) dentro de un plazo de cuatro años (art. 1301). Por consiguiente, la víctima gana el pleito. El procedimiento de la "Escuela de Mancini" respecto al Derecho extranjero recuerda el del profeta Omar cuando mandó incendiar la célebre biblioteca de Alejandría. Según la tradición su razonamiento era el siguiente: O los libros en esta biblioteca coinciden con el Corán, en cuyo caso sobran, o discrepan del mismo, en cuya hipótesis son nocivos. La "Escuela de Savigny", en cambio, examina en primer lugar el Derecho aplicable. Supongamos que éste sea el Derecho alemán, por ejemplo, por estar domiciliadas ambas partes en Berlín. El Derecho alemán declara contratos dolosos igualmente anulables (art. 123, C. c. alemán); pero la acción de nulidad debe ejercitarse dentro de un plazo de un año (art. 124, l. c.). Por tanto, en nuestro proceso la víctima perdería. ¿Es este resultado escandaloso con arreglo a la moral española?, pregunta ahora la "Escuela de Savigny". Evidentemente que no. Por consiguiente, el Derecho alemán conserva el campo de batalla.

La doctrina dominante niega la existencia del orden público en el Derecho interregional (1). Las normas vigentes en una parte del territorio no pueden resultar escandalosas para la concepción moral reinante en otra parte del territorio. La jurisprudencia no ha observado siempre esta manera de pensar. Antes de la unificación del Derecho civil alemán en 1900, los Tribunales radicantes en territorios alemanes en que regía el Código Napoleón declaraban con frecuencia que la concesión de derechos a hijos ilegítimos, realizada, por ejemplo, por el Derecho común, infringía el orden público, que en sus

(1) Cf. Hubernagel, l. c., págs. 21 a 26, que mantiene la opinión opuesta.

comarcas se basaba en la célebre prohibición: "La recherche de la paternité est interdite". En un auto del Tribunal Supremo muy reciente, del 17 de julio de 1943 (1), se revocan sendas sentencias de los dos Tribunales de instancia austriacos que habían calificado ciertas disposiciones del Código civil alemán como infractorias del orden público austriaco. Ahora bien; por cierto que nos parece la doctrina dominante, no debe olvidarse que el legislador central en un Estado compuesto muchas veces no ha reglamentado todavía de manera expresa la compatibilidad e incompatibilidad de las diferentes legislaciones regionales. En esta hipótesis, el Juez debe hacer las veces del legislador y declarar la nulidad o validez de las diferentes disposiciones. Bien es verdad que la diferencia entre el orden público, que sólo impide la entrada de Derecho extranjero en el propio país, y la declaración de nulidad de una disposición de otra región para todo el territorio nacional, son asaz diferentes; pero no lo es menos que el Juez muchas veces retrocede ante la declaración de nulidad y prefiere la fórmula más conciliatoria del orden público. Conste, sin embargo, que en buena doctrina el orden público en el Derecho interregional no existe. Por tanto, una norma extranjera coincidente con una norma de Derecho foral no infringe nunca el orden público nacional.

bb) *En el Derecho de colisión intertemporal.*

El orden público desempeña en el Derecho transitorio la mayor importancia, puesto que es el que justifica la retroactividad de la ley vigente. La regla es la irretroactividad de las leyes. Las leyes se dan para lo porvenir y no para el pasado. Empero si la reglamentación de la ley antigua resultara escandalosa para la moral reinante, la nueva ley destruye la antigua reglamentación y la sustituye por otra. Según el dinamismo de la nueva moral, la nueva ley puede contentarse con reglamentar los efectos jurídicos de hechos acontecidos durante la vigencia de la antigua o puede extenderse a efectos jurídicos ya realizados bajo la antigua legislación. De ahí una regla muy importante para el Orden público interespacial: ninguna norma extranjera infringe dicho Orden público si idéntica norma fué mantenida en la *lex fori* por mandamiento del Derecho transitorio (o, como se debe añadir: es conservada todavía como Derecho foral).

(1) Véase su reproducción y comentario de Raape en «Información Jurídica», junio-julio de 1944, págs. 53 a 56.

b) *Fraude de la ley* (1).

El fraude de la ley es una característica negativa de la norma indirecta, pero no es una característica negativa privativa de ella, puesto que el fraude de la ley es una institución general del Derecho entero y no sólo de un sector determinado del mismo. En nuestro entender, el fraude de la ley consiste en un doble abuso de derecho. La persona fraudulenta abusa de un derecho para burlarse de la finalidad de otra norma jurídica. El camino de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de reconocer primeramente el fraude de la ley—últimamente en las importantes sentencias de 4 y 8 de abril de 1942—y sólo después el abuso de derecho—en la sentencia de 14 de febrero de 1914—, es, por consiguiente, lógico, puesto que el doble abuso de derecho es más grave que el abuso sencillo.

No es inútil considerar el fraude de la ley bajo otro aspecto. Las características de un tipo legal, cuya existencia produce la aplicación de la consecuencia jurídica, pueden ser acontecimientos no relacionados con el hombre (por ejemplo, el aluvión), actos jurídicos (por ejemplo, el domicilio) o negocios jurídicos (por ejemplo, una oferta). Los actos jurídicos se distinguen de los negocios jurídicos por el hecho de que a los primeros la ley enlaza la consecuencia jurídica, sin tener en cuenta la voluntad de las partes; a los segundos se enlaza la consecuencia jurídica por medio de la voluntad de los interesados, limitándose la ley a sancionarla. Ahora bien; *el fraude de la ley consiste en que las partes convierten las características concebidas por la ley como meros acontecimientos o actos jurídicos en negocios jurídicos*. La norma indirecta considera, por ejemplo, la situación de un mueble como un mero acontecimiento. La parte que lleva intencionadamente el mueble a un determinado país para disfrutar de los beneficios de su legislación, desvirtúa dicho requisito, utilizándolo como un negocio jurídico. La norma indirecta concibe la adquisición de la nacionalidad como acto jurídico. No supone que alguien adquiera una nacionalidad precisamente para que se le aplique en un caso dado su nuevo Derecho nacional. Pues el proceder de una persona fraudulenta es exactamente el mencionado: convierte lo que la norma indirecta proyectaba como acto jurídico en negocio jurídico. Este aspecto

(1) Véanse nuestros trabajos en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1942, págs. 417, 418, 606 a 608, 817, y 1944, págs. 401 a 404.



del fraude de la ley en el Derecho interespacial explica por qué el único punto de conexión que ya por sí consiste en un negocio jurídico no es susceptible de una perversión fraudulenta. Nos referimos a la autonomía de las partes (1). La norma de colisión reza en este supuesto de la siguiente manera: "En todos los negocios jurídicos que tengan contacto con países extranjeros (tipo legal), las partes pueden determinar el Derecho aplicable (consecuencia jurídica), escogiéndole entre los Derechos afectados (punto de conexión). La elección de un Derecho como aplicable es, ya en el entender de la norma indirecta, un negocio jurídico, puesto que se hace precisamente con la finalidad de que se aplique el Derecho escogido. Por ello, dicho punto de conexión no se presta al fraude. En cambio, sí puede haber fraude respecto al tipo legal en sentido estricto. La ley concibe el "contacto del negocio con varios países" como mero acontecimiento o como acto jurídico. No obstante, las partes pueden crear deliberadamente el contacto, para luego poder escoger el Derecho del país con el cual el contacto fué creado.

### III.—PARTE ESPECIAL DEL DERECHO DE COLISION INTERESPACIAL (2) E INTERTEMPORAL

La Parte Especial del Derecho de colisión interespacial, a diferencia del Derecho de colisión intertemporal, empezará con una sección en que los puntos de conexión han de ser explicados, tanto en su aspecto general como cada punto de conexión especial. Este capítulo de introducción ofrece analogía con ciertas tendencias sistematizadoras en el Derecho penal que se condensaron en el lema: "La Parte General de la Parte Especial" (Erik Wolf). A continuación—de común acuerdo Derecho interespacial e intertemporal—han de examinarse las normas indirectas del Derecho de personas, Derecho de obligaciones, Derecho de cosas, Derecho de familia, Derecho de sucesión y Derecho mercantil.

WERNER GOLDSCHMIDT.

Doctor en Derecho.

(1) Cf. nuestra nota en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1941, páginas 571 a 573.

(2) Cf. sobre esta materia, el magnífico libro del Sr. Trías de Bes: «Derecho Internacional Privado» (2.<sup>a</sup> ed., Bosch, 1940).