

# REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO JURIDICO  
Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

Año XX

Noviembre de 1944

Núm. 198

## Sistema formal del Derecho de colisión en el espacio y en el tiempo

En memoria del 70.<sup>o</sup> aniversario de mi padre  
y de la obra científica de James Goldschmidt.

- I. Introducción.
  - 1) La concepción normológica en el Derecho internacional privado.
  - 2) Afinidad entre el Derecho internacional privado y el Derecho transitorio.
  - 3) Idea de un Derecho de colisión general.
- II. Parte general del Derecho de colisión interespacial e intertemporal.
  - 1) Enumeración y agrupación de los problemas generales.
  - 2) El problema producido por la codificación insuficiente del Derecho de colisión.
    - a) Las calificaciones.
      - aa) En el Derecho de colisión interespacial.
      - bb) En el Derecho de colisión intertemporal.
    - b) Otras lagunas de la codificación.
      - aa) Respecto a la norma de colisión interespacial.
      - bb) Respecto a la norma de colisión intertemporal.

### I.—INTRODUCCION

#### 1) LA CONCEPCIÓN NORMOLÓGICA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

La concepción normológica en el Derecho consiste en el intento de desarrollar los problemas de una materia jurídica determinada como problemas de interpretación de las normas jurídicas cuyo conjunto constituye dicha materia. Las normas jurídicas que forman parte de un sector jurídico cualquiera pueden considerarse, a su vez, desde un doble punto de vista: por un lado podemos con-

templar las características privativas de una norma concreta; por el otro lado, podemos enfocar la estructura general de todas las normas de dicho sector. En la primera hipótesis, nuestra investigación construye la «Parte especial»; en la segunda, la «Parte general» de la ciencia analizada. Una generalización más amplia todavía nos llevaría a una «Teoría general del Derecho».

Como las doctrinas espirituales no suelen ser creaciones «ex nihilo», no resulta fácil indicar fechas o nombres situados al principio del movimiento normológico. No obstante, podemos afirmar que en una materia jurídica no codificada la dificultad de elaborar el contenido del Derecho suele ahogar el prurito de lograr una lógica expositiva. Así, no es por casualidad, sino a causa de la prioridad de la codificación que la ciencia del Derecho penal esbozó antes que la del Derecho civil un sistema normológico riguroso. El nombre de Franz von Liszt se relaciona con este progreso. En la «Teoría general del Derecho», los nombres de Kelsen y de Merkel merecen mención por dirigirse sus esfuerzos hacia análoga dirección.

La penetración de la concepción normológica en el Derecho internacional privado tardó, puesto que dicha materia carece de codificación suficiente; y por esta razón la necesidad de formular las reglas concretas desplazaba toda labor diferente. Los trabajos de Zitelmann y de Rabel se encauzan, sin embargo, hacia un enfoque normológico de nuestra ciencia. El autor de estas líneas intentó, finalmente, llevar a cabo una sistematización normológica del Derecho internacional privado (1). Nuestro intento ha sido aprobado de modo progresivo por el ilustre catedrático de Toulouse Jacques Maury (2).

Expondremos en lo que sigue brevemente los conceptos fundamentales de la concepción normológica en el Derecho internacio-

(1) Werner Goldschmidt: *La norma de colisión como base de la sistemática del Derecho internacional privado* (Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales. Madrid, 1935). Este libro se publicó también bajo el título *Problemas generales del Derecho internacional privado*. El mismo: «La concepción normológica del Derecho internacional privado» en *Boletín de la Universidad de Córdoba* (Argentina), 1936. El mismo. «La conception normologique du Droit international privé», en *Nouvelle Revue de Droit International Privé*, 1940, págs. 16 a 41. El mismo, en *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, 1940, págs. 289 a 295, 419 a 421; *ibidem*, 1942, páginas 813 a 817.

(2) *Règles générales des conflits de Lois* (extrait du recueil des cours), 1937, páginas 134, 135, 145, 175, 176, 184, 188. *De quelques grands problèmes de Droit international privé* (Les Editions Internationales, 1942).

nal privado. En primer lugar, hay que distinguir los hechos a subsumir y la norma jurídica en la que se incluyen. Los hechos carecen de elaboración jurídica con referencia a los conceptos jurídicos de la norma de cuya aplicación se trata. Sin embargo, estos mismos hechos pueden haber experimentado previamente una elaboración jurídica por medio de otras normas. Si se discute, por ejemplo, la cancelación de un contrato, la existencia del mismo es un mero hecho con referencia al artículo 1.156 del Código civil, aunque la afirmación de que un contrato existe requiere la aplicación de otras normas jurídicas. En segundo y principal lugar, hemos de analizar la norma jurídica.

La norma jurídica se descompone en un tipo legal y una consecuencia jurídica. El tipo legal abarca el conjunto de los supuestos de la consecuencia jurídica. Esta formula el contenido de la voluntad legislativa. El Derecho internacional privado se caracteriza por su consecuencia jurídica. Ella consiste siempre en el mandato de aplicar un ordenamiento jurídico determinado a los hechos concretos. Estos hechos experimentan, por tanto, una doble elaboración. Una vez se busca para ellos un ordenamiento jurídico determinado, y a continuación se resuelve el caso definitivamente mediante dicho ordenamiento. Las normas del Derecho internacional privado pueden, por consiguiente, denominarse indirectas. Muchos autores las llaman «formales». Creemos que esta expresión es menos feliz, porque se presta a confusiones con las normas del Derecho procesal. Las normas procesales son formales, ya que no se refieren al fondo, sino a la tramitación judicial de un asunto. No obstante, son directas, puesto que resuelven directamente el problema procesal, y no indican meramente un orden jurídico que lo va a resolver.

El tipo legal, a su vez, consta de características positivas, negativas y de puntos de conexión. Las características positivas y negativas son comunes a toda norma jurídica; los puntos de conexión son, en cambio, privativos de determinada clase de normas. Las características positivas son aquellos supuestos cuya existencia es necesaria para la realización de la consecuencia jurídica; las características negativas son aquellos supuestos cuya inexistencia es condición de llevarse a cabo la consecuencia jurídica. Las características positivas del artículo 10, párrafo 1.º del Código ci-

vil son la existencia de controversias acerca de la propiedad o de Derechos reales sobre muebles o inmuebles. Las características negativas consisten en la inexistencia de fraude o del orden público nacional contrario.

Los puntos de conexión deben su origen a la multiplicidad de los órdenes jurídicos, superior a dos. Si sólo hubiese dos Derechos en tela de juicio, los puntos de conexión sobrarían. La norma indirecta podría decir, por ejemplo, que todos los inmuebles sitos en Francia se rigen por la ley francesa y todos los bienes raíces sitos en España por el Derecho español. Habiendo, en cambio, varios países, la determinación ha de hacerse, no de modo directo, sino de manera indirecta: la ley aplicable es la del país donde los inmuebles estén sitos. La «situación de las fincas» es lo que se denomina en nuestro ejemplo el punto de conexión, porque conecta la expresión abstracta de la ley con una reglamentación concreta. No se debe confundir el carácter indirecto de las normas del Derecho internacional privado con el carácter indirecto de los puntos de conexión. La norma del Derecho internacional privado es indirecta en su esencia, puesto que no reglamenta el caso en cuestión, e indica meramente el Derecho que le va a resolver. Los puntos de conexión constituyen sólo una manera indirecta de expresarse. De todas maneras, con o sin ellos, siempre ha de determinarse el Derecho aplicable de una manera inequívoca; sólo que, habiendo meramente dos ordenamientos jurídicos en cuestión, la determinación del orden jurídico aplicable puede hacerse de suerte directa, dándose en el caso contrario una formulación indirecta cuyo resultado, sin embargo, es idéntico al anterior. Así encontramos normas indirectas sin puntos de conexión, como, por ejemplo, en el Derecho transitorio, ya que en él suele haber sólo dos Derechos en tela de juicio: el antiguo derogado y el actualmente vigente. Al revés, hay normas directas con puntos de conexión, como, por ejemplo, las normas procesales acerca de la competencia territorial. Si no hubiese sino dos Tribunales de la misma categoría, la determinación del Tribunal territorialmente competente se podría llevar a efectos de modo directo. No siendo así, la Ley utiliza puntos de conexión como «domicilio del demandado», «lugar del cumplimiento de la obligación», «lugar de la situación del inmueble», etc. Los puntos de conexión individualizan en cada caso la consecuencia

jurídica. Por esta razón es posible considerarlos como parte integrante de la misma. Sin embargo, no se debe olvidar que sistemáticamente pertenecen al tipo legal, puesto que este recuerdo nos sirve para evitar ciertas doctrinas equivocadas que desean distinguir entre la calificación del tipo legal y la de los puntos de conexión.

## 2) AFINIDAD ENTRE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL DERECHO TRANSITORIO (1).

La buena doctrina, representada, como siempre, por Savigny, aúna el Derecho transitorio al Derecho internacional privado, concibiendo el primero como conjunto de reglas acerca de los límites *temporales* y el segundo como conjunto de reglas acerca de los límites *espaciales* de las normas jurídicas. Savigny distingue también, aunque no con entera claridad, entre la *sucesión temporal en la vigencia de diferentes normas*—único tema verdadero del Derecho transitorio—y la *sucesión temporal en la existencia de diferentes hechos subsumibles bajo la misma característica del tipo legal de una misma norma*, tema perteneciente a la materia a la que pertenece la mencionada norma. Savigny, sin embargo, no indica la razón filosófica del parentesco entre el conflicto de leyes y el Derecho transitorio. Este parentesco—en efecto, más que afinidad es parentesco—arraiga en la conexión filosófica de los conceptos «espacio» y «tiempo». El primer jurista que saca las conclusiones de esta situación filosófica con plena consciencia es Lassalle, que, pese a su finación hegeliana, hace justicia al innegable e inmarcesible mérito de Savigny. Se ha objetado contra la equiparación de Derecho internacional privado y Derecho transitorio, que el primero relaciona ordenamientos jurídicos soberanos, mientras que el segundo pone en contacto ordenamientos jurídicos vigentes sucesivamente en el mismo país. Este argumento demuestra lo que no desea demostrar; en cambio, no demuestra lo que quiere probar. En efecto, el argumento prueba demasiado, ya que desplaza del ámbito del Derecho internacional privado el Derecho interregio-

(1) Véase sobre esta cuestión nuestro trabajo en la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1943, págs. 606 a 620: «Apostillas al Derecho transitorio».

nal, al que la doctrina dominante y, a mayor abundamiento, el artículo 14 del Código civil aplican casi todas las reglas del Derecho internacional privado. Por la otra vertiente, el Derecho transitorio se refiere a la sucesión de dos leyes dentro del mismo país. Sin embargo, identificar la estabilidad del territorio dentro del que se suceden las leyes con la estabilidad de la soberanía que reina sobre este territorio exterioriza una concepción formalista de la soberanía. La soberanía interesa en el Derecho internacional privado por sus relaciones con el orden público. Ahora bien, a los efectos del orden público, la soberanía dentro de un país cambia tantas veces como cambia el régimen social-religioso del Gobierno. Una ley que permite el divorcio vincular y otra posterior que lo prohíbe expresan diferentes nociones de soberanía a los efectos del orden público.

La norma de colisión temporal posee idéntica estructura formal que la norma del Derecho internacional privado. He aquí una regla de colisión temporal: «Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma» (art. 1.976, regla 2.ª del Código civil). Este precepto se descompone en un tipo legal: «A los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y válidos con arreglo a ella»; y en una consecuencia jurídica: «se aplica la legislación anterior». Esta norma es indirecta, ya que la consecuencia jurídica no resuelve el caso, sino se limita a indicar el ordenamiento jurídico que lo va a resolver. Los puntos de conexión parecen faltar. Pero este hecho se debe exclusivamente, como vimos con anterioridad, a que sólo dos leyes están en tela de juicio. Por esta causa la norma transitoria puede determinar la ley aplicable de modo directo: «la legislación anterior». Si se hubiesen sucedido rápidamente seis o siete leyes sobre la misma materia, la norma transitoria se vería obligada a determinar la ley aplicable de manera indirecta: por ejemplo: «la legislación bajo cuya vigencia se celebró el acto o contrato», o sea, mediante puntos de conexión. Finalmente, existen también características negativas en la norma transitoria. Nos remitimos a lo que sobre el orden público nos toca exponer.

## 3) IDEA DE UN DERECHO DE COLISIÓN GENERAL.

El parentesco entre Derecho internacional privado y Derecho transitorio suscita el problema de un Derecho general de colisión. Desde este punto de vista, se llega a los siguientes enunciados. El *Derecho de colisión* abarca aquel conjunto de normas que indican cuál de varios ordenamientos jurídicos, posiblemente aplicables al caso, ha de aplicarse, sea que se trate de ordenamientos jurídicos simultáneamente vigentes (Derecho de colisión atemporal), sea que se trate de ordenamientos jurídicos sucesivamente vigentes (Derecho de colisión intertemporal). El *Derecho de colisión atemporal* puede subdividirse a su vez en Derecho de colisión interespacial, interpersonal (1) e interreal, según si los diferentes ordenamientos jurídicos en cuestión se refieren a diferentes territorios, diferentes grupos de personas o diferentes grupos de asuntos. El Derecho mercantil, según si abarca el Derecho de los comerciantes o el Derecho de los actos mercantiles, se delimita del Derecho civil por normas interpersonales o interreales. El *Derecho de colisión interespacial*, finalmente, es Derecho de colisión internacional o interregional, según si los diferentes ordenamientos jurídicos en cuestión se refieren a diferentes Estados o a diferentes territorios de un mismo Estado. Todas las normas de colisión son normas indirectas. He aquí la razón de ser teórica de una ciencia del Derecho de colisión. Todas las normas de colisión plantean los mismos problemas o problemas análogos. He aquí el fundamento práctico de la mencionada ciencia.

Sea mencionado de paso tan sólo que las normas en las cuales plasma el principio de reciprocidad—normas recíprocas—son intermedias entre las normas directas y las normas indirectas: por un lado, resuelven el caso mediante Derecho nacional; por otro lado, vinculan el contenido del Derecho nacional por el del Derecho extranjero. Los problemas de las normas recíprocas son análogos a los de las normas indirectas (2).

(1) Derecho interpersonal rige, por ejemplo, en Argel, Egipto, la India.

(2) Cf. sobre las normas recíprocas el estudio del autor en *Homenaje a Streit*, 1939, t. I, págs. 441 a 443.

## II.—PARTE GENERAL DEL DERECHO DE COLISION INTERESPACIAL (1) E INTERTEMPORAL

### 1) ENUMERACIÓN Y AGRUPACIÓN DE LOS PROBLEMAS GENERALES.

El primer problema dimana de la insuficiencia de la codificación del Derecho de colisión. No nos interesa en este lugar la causa de dicha insuficiencia, sino su existencia de hecho. Hay un cúmulo de cuestiones que no se hallan resueltas en el Derecho de colisión codificado, mientras que los problemas análogos sí se encuentran abordados en el Derecho material. En esta hipótesis en todas sus diversificaciones ofrécese siempre las mismas posibilidades de solución. Una doctrina mantiene la afinidad entre el Derecho de colisión y el Derecho material y aconseja, por tanto, al Derecho de colisión de prestar los conceptos y reglamentaciones que le faltan del Derecho material. A continuación se bifurca la doctrina mencionada, según si recomienda como arsenal conceptual el Derecho material del Juez que conoce del pleito u otro Derecho material interesado en el asunto. Dicha doctrina puede denominarse «doctrina de la analogía», puesto que resuelve los problemas de la-guna mediante la aplicación analógica de preceptos del Derecho material, subdividiéndose en la teoría de la «*dex fori*» o de la «*dex causae*», según los puntos de vista indicados. La teoría opuesta defiende el carácter particular del Derecho de colisión, reacio a toda clase de analogías, y propugna, por consiguiente, soluciones específicas para nuestra materia. Esta doctrina puede ser llamada «la doctrina autárquica», ya que estima el Derecho de colisión como suficiente para engendrar todas las nociones necesarias. La necesidad de colmar lagunas y el expediente de colmarlas mediante una «analogía juris», no constituyen fenómenos específicos del Derecho de colisión. Lo que sí confiere carácter particular a la situación es la posibilidad de acudir a diferentes ordenamientos jurídicos. Esta posibilidad existe, porque en el Derecho de colisión siempre se encuentran en tela de juicio varios órdenes jurídicos, y constituye, por tanto, una particularidad del Derecho de colisión.

(1) Cf. sobre esta materia la magistral exposición de la *Parte general de Derecho internacional privado* del Sr. Yanguas Messía, Madrid, 1944.



Las lagunas de codificación pueden referirse a diferentes cuestiones. El caso más conocido es el de las calificaciones. Las normas de colisión emplean con frecuencia conceptos jurídicos sin definirlos. ¿De dónde deducimos dichas definiciones? La «teoría de la analogía» nos remite o al Derecho material del Juez o al Derecho material indicado por los puntos de conexión. La teoría autárquica exige, en cambio, definiciones especiales para las normas de colisión. Otro problema es el de la retroactividad o irretroactividad de la norma de colisión interespacial. La codificación del Derecho de colisión interespacial suele carecer de un Derecho transitorio. De nuevo surge la interrogante: ¿Desprendemos el Derecho transitorio para el Derecho de colisión interespacial de cualquiera de los Derechos materiales interesados provistos de Derecho transitorio, o hemos de crear un Derecho transitorio especial para el Derecho de colisión deficiente? Otra cuestión que no analizaremos en este artículo es la siguiente: ¿Qué normas rigen respecto a la entrada en vigor de una norma de colisión: las normas generales de cualquiera de los Derechos materiales interesados o prescripciones especiales a elaborar?

El *segundo problema* se plantea si la consecuencia jurídica de la norma de colisión consiste en la orden de aplicar un Derecho extranjero o derogado. En esta hipótesis surgen las cuestiones del reenvío y de la aplicación del Derecho extranjero. El orden y engranaje de estas controversias es el siguiente: En primer lugar preguntamos por la calidad de lo que se nos manda aplicar. En este campo de batalla se enfrentan las teorías de hecho con las teorías de Derecho. Las teorías de hecho estiman que la consecuencia jurídica no hace referencia a las normas jurídicas extranjeras o derogadas como tales normas, sino a las mismas como meros hechos o a las resoluciones judiciales probables. Las teorías de Derecho se colocan en el campo opuesto. La consideración del «Derecho» extranjero o derogado como hecho o auténtico Derecho, es, sobre todo, importante para el Derecho procesal. Dentro de las teorías de Derecho surgen dudas sobre la cantidad del Derecho extranjero o derogado. Desde este ángulo se combaten las teorías de la remisión máxima, media y mínima, teorías más conocidas por el nombre de «teoría que afirma el reenvío», «teoría del desistimiento» y «teoría que rechaza el reenvío», respectivamente. Por otro lado,

se discute la incorporación del Derecho extranjero o derogado al Derecho propio o vigente.

El *tercer problema* es el de las características negativas de la norma de colisión. Veremos que este problema puede reducirse al del orden público.

## 2) EL PROBLEMA PRODUCIDO POR LA CODIFICACIÓN INSUFICIENTE DEL DERECHO DE COLISIÓN.

a) *Las calificaciones.*

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

El problema de las calificaciones consiste en hallar el ordenamiento jurídico interpretador de los términos usados en la norma de colisión. Pueden requerir una interpretación lo mismo los vocablos del tipo legal en sentido estricto como los de los puntos de conexión, como finalmente, los de la consecuencia jurídica. Supongamos, por ejemplo, el tipo legal «Derecho material» y como leyes en cuestión el Derecho español y el Derecho norteamericano. Si definimos el término «Derecho material» conforme al Derecho material español, la prescripción extintiva pertenece al tipo legal; si, en cambio, nos inspiramos en el Derecho norteamericano, la prescripción extintiva se incluye en el Derecho procesal, y nuestra norma de colisión resulta inaplicable. Otro ejemplo: Un suizo manda una carta ofensiva de Zurich a Hamburgo. El destinatario entabla demanda en Hamburgo. El Derecho aplicable es según el punto de conexión: «lugar donde se perpetró el delito», el Derecho suizo, si interpretamos el punto de conexión según el Derecho material suizo, ya que según el mismo el delito se perpetró exclusivamente en Zurich. Con arreglo al Derecho material alemán, en cambio, el delito se perpetró tanto en Zurich como en Hamburgo. Tercer ejemplo: El Juez inglés tiene que aplicar Derecho italiano, porque el «de cuius» tenía en aquel país su domicilio. Según la concepción inglesa, «Derecho italiano» significa todo el Derecho italiano, inclusive sus normas de colisión que nos remiten al Derecho inglés como Derecho nacional del causante. En virtud del Derecho italiano, la re-

(1) Sobre este problema en el Derecho interregional, cf. Hubernagel: *Das interlokale und interpersonale Privatrecht im gros deutschen Raum*, 1942, págs. 18 a 20. y nuestra nota bibliográfica en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1943, págs. 63 y 64

misión se efectúa, en cambio, exclusivamente al Derecho de sucesión italiano.

La «teoría de la analogía» fracasa siempre en lo que a la interpretación de la consecuencia jurídica atañe, puesto que la orden de aplicar un ordenamiento jurídico extranjero no tiene analogía en el Derecho material, el cual, por consiguiente, no puede servirnos para interpretar dichos términos. Algunas codificaciones recientes del Derecho internacional privado, por lo demás, reglamentan esta cuestión, eliminando así el problema de la laguna. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 30 del Código civil italiano de 1942, que interpreta los vocablos «aplicación de un Derecho extranjero» siempre, con arreglo al Derecho internacional privado italiano, como «Derecho material extranjero». No se debe confundir el problema del reenvío, que sólo surge después de saber qué Derecho internacional privado interpreta la voz «Derecho extranjero», con el problema previo de las calificaciones que precisamente consiste en determinar el Derecho internacional privado que en caso de lagunas interpreta el del Juez.

La primera corriente de la «teoría de la analogía» interpreta los términos de la norma de colisión en virtud de las definiciones del Derecho material del Juez que conoce del pleito (teoría de la «lex fori»). Esta opinión se expone a diferentes objeciones. En primer lugar, el Juez procesalmente competente de juzgar el pleito puede pertenecer a un país, cuyo Derecho material no tuvo el menor punto de contacto con el caso sometido a su jurisdicción. La irrupción del Derecho material del Juez en la solución del caso resulta en tal hipótesis evidentemente injusta. En segundo lugar, si la institución jurídica de cuya subsunción bajo la norma de colisión se trata es desconocida al Derecho material del Juez, éste Derecho material no puede darnos la pauta. Finalmente, la teoría de la «lex fori» en general tuerce el Derecho extranjero al forzarle en cauces ajenos a él. Figúrese, por ejemplo, que se trate de un bien mueble según la «lex fori» y según un inmueble según la ley nacional del propietario. En esta hipótesis se aplica la ley nacional del propietario sobre muebles a una cosa para la que no fué hecha.

La segunda corriente de la «teoría de la analogía» deduce las definiciones necesarias de aquel Derecho material que indican los puntos de conexión de la norma de colisión de cuya aplicación se

trata (teoría de la «lex causae»). No es, por tanto, por completo correcto decir que la «teoría de la «lex causae» califica siempre con arreglo al Derecho extranjero. Los puntos de conexión de la norma indirecta pueden asimismo indicar como aplicable el Derecho material del Juez. Los representantes de esta doctrina suelen hacer una excepción para los puntos de conexión. Estos deben interpretarse con arreglo al Derecho material del Juez. Los mencionados autores se dan perfecta cuenta que las objeciones principales dirigidas contra la «teoría de la «lex fori» en su forma primitiva pueden hacerse también a su forma restringida. No obstante, creen que los puntos de conexión no pueden interpretarse de otro modo, puesto que la «lex causae» supone ya su aplicación, suponiendo a su vez ésta su interpretación. Mas este argumento no es convincente, puesto que se podría acudir a la «lex causae» de cuya aplicación se trata. Así se procede cuando el punto de conexión es la nacionalidad de una persona. Además, de esta manera se tendría en cuenta el carácter uniforme del tipo legal en sentido estricto y de los puntos de conexión. Ahora bien; la «teoría de la «lex causae» desea evitar el defecto fundamental de la «teoría de la «lex fori». Por ello intenta aplicar cada Derecho con sus propios conceptos. La «teoría de la «lex fori» procede como un anfitrión que agasaja a sus huéspedes con lo que él entiende por agasajo, mientras que la «teoría de la «lex causae» ofrece agasajos según el entender de los invitados. No obstante, tampoco la «teoría de la «lex causae» escapa a objeciones. Si a un caso dado resultan aplicables diferentes normas de colisión y diferentes Derechos, las definiciones se deducen de diversos ordenamientos jurídicos que pueden ser contradictorios.

La «teoría de la autarquía» acierta, sin duda de ningún género. Las normas de colisión deben poseer sus definiciones propias. Pero esta teoría más que teoría es un postulado. El Derecho comparado no nos da las definiciones; en el mejor caso nos brinda material para elaborarlas. La «Filosofía de Derecho» pueda tal vez darnos las directrices para esta labor. Sin embargo, pueden albergarse dudas sobre este particular. La dificultad consiste en la imprevisibilidad de las combinaciones entre diferentes Derechos que, con excepción del propio, pueden cambiar con independencia del mismo. Por eso mantenemos la insolubilidad del problema y proponemos la solu-

ción de cada caso teniendo en cuenta las particularidades del mismo. He aquí «la teoría de la interpretación individual», que es una variación de la «teoría de la autarquía».

bb) *En el Derecho de colisión intertemporal.*

La norma de colisión intertemporal remite con frecuencia expresamente al Derecho derogado como instancia interpretadora de la norma transitoria. Ello ocurre en todos los casos en que se alude a instituciones abolidas por el nuevo Derecho material. Si, por ejemplo, un nuevo Código civil prohíbe los testamentos mancomunados, los poderes para testar, las memorias testamentarias, etc., y la norma transitoria reglamenta la validez o nulidad de estas instituciones nacidas bajo la vigencia del Derecho derogado, dicha norma transitoria requiere una interpretación que se inspira en el antiguo Derecho, puesto que el nuevo desconoce las mencionadas instituciones. No obstante, no hablamos en esta hipótesis del problema de calificaciones, puesto que la norma transitoria indica, sin duda alguna, el antiguo Derecho como fuente de interpretación. El verdadero problema surge, si tanto el Derecho vigente como el Derecho derogado conocen las instituciones mencionadas en la norma transitoria, pero reglamentándolas de diversa manera. La norma transitoria habla, por ejemplo, de «negocios válidos», comprendiendo el nuevo Derecho por tal término, también los negocios anulables, mientras que el Derecho derogado asemeja éstos a los nulos. O la norma transitoria alude a los censos, desconociendo el Derecho vigente, a diferencia del derogado, la subenfiteusis. O la norma transitoria menciona la prescripción, entendiendo el nuevo Derecho por tal vocablo sólo la prescripción extintiva, mientras que el Derecho derogado incluye en dicho precepto asimismo la usucapión; o incluyendo el Derecho derogado en el concepto de prescripción la caducidad que el nuevo Derecho reglamenta con propia sustantividad.

En todos estos casos se enfrenta de nuevo la «teoría de la analogía», tanto en la forma de la «teoría de la *lex fori*» como en la de la «*lex causae*» y la «teoría de la autarquía».

b) *Otras lagunas de la codificación.*

aa) *Respecto a la norma de colisión interespaial.*

Las normas indirectas interespaciales suelen carecer de Derecho transitorio especial. Si, por consiguiente, se suceden dos codificaciones del Derecho de colisión interespacial, surge el problema de la retroactividad o de la irretroactividad del Derecho de colisión vigente. Supongamos, por ejemplo, que un español, domiciliado en Berlín, fallece en dicha capital en 1899, transcurriendo el pleito ante tribunales alemanes, en 1901. En 1899 regía una norma de colisión, según la que debía aplicarse a la sucesión el Derecho del último domicilio del «de cuius». A partir de 1900, rige otra norma, que manda aplicar el Derecho nacional del causante. ¿Cuál de las dos normas indirectas es aplicable? Si existiera una norma transitoria dedicada especialmente al cambio de las normas indirectas interespaciales, nuestro problema no existiría. Pero en vano buscamos semejante norma transitoria.

La «teoría de la analogía» se complica frente a este problema. Algún autor piensa aplicar al Derecho de colisión interespacial la norma transitoria del Derecho público; la mayoría de los autores acuden, en cambio, al Derecho transitorio del Derecho civil. El Derecho transitorio del Derecho público coincide más o menos en los diversos países, por lo cual la distinción entre «lex fori» y «lex causae» no desempeña un papel práctico. La regla general es la retroactividad del nuevo Derecho público. Siendo, en el entender del mencionado autor, el Derecho internacional privado Derecho público, las normas indirectas resultan retroactivas. Contra esta doctrina se objeta que ni el Derecho internacional privado es Derecho público ni todo Derecho público es retroactivo, objeciones que no analizaremos en este lugar (1). La «teoría de la analogía», en tanto en cuanto se funda en una analogía con el Derecho civil, se bifurca, como siempre, en la «teoría de la lex fori» y en la de la «lex causae». La «teoría de la lex fori» aplica a la sucesión temporal de varias normas indirectas el Derecho transitorio que existe en el país del Juez para la sucesión del Derecho civil. En nuestro caso se aplicaría el Derecho transitorio del Derecho civil alemán. La «teoría de la lex causae» deduce, en cambio, el Derecho transi-

(1) La segunda objeción es defectuosa. No basta invocar normas de Derecho público con carácter irretroactivo. Haría falta, además, demostrar que la causa que explica esta excepción existiría también en el caso del Derecho internacional privado, supuesto que el mismo formara parte del Derecho público.

torio de la norma de colisión, de las normas transitorias de aquel Derecho civil, que, según la norma de colisión vigente, resultara aplicable. En nuestro caso, la norma de colisión alemana vigente declara aplicable el Derecho nacional del «de cuyus». El Derecho nacional del «de cuyus» es el Derecho español. Por tanto, debemos aplicar al problema transitorio que se plantea en el Derecho de colisión interespacial alemán el Derecho transitorio del Derecho civil español. La mencionada teoría no afirma, naturalmente, que en España, en 1900, debe haber surgido un problema de Derecho transitorio, sino sólo que al problema surgido en 1900 en Alemania ha de aplicarse el Derecho transitorio español. El Derecho transitorio del Derecho civil español mantiene como regla la irretroactividad de las leyes. Por consiguiente, el nuevo Derecho de colisión alemán es irretroactivo en nuestra hipótesis. Por tanto, se aplica la norma de colisión antigua, con arreglo a la cual ha de aplicarse el Derecho civil del último domicilio del causante, o sea el Derecho alemán. No nos parece justo reprochar a la «teoría de la *lex causae*» que comete una «*petitio principii*» al aplicar, aunque sea sólo a título provisional, la norma de colisión vigente, puesto que su aplicación se halla precisamente en tela de juicio. La «teoría de la *lex causae*» no aplica la norma de colisión vigente para resolver el problema del Derecho internacional privado—única hipótesis en que cabría decir que se cometiera una «*petitio principii*»—, sino únicamente para extraer de ella su norma transitoria.

La «teoría de la autarquía» reclama normas transitorias propias para el Derecho de colisión. Algún autor mantiene en este sentido que las normas de colisión son retroactivas si la cuestión debatida no tenía ningún punto de contacto con el país del Juez, mientras que son irretroactivas en el caso opuesto. Esta teoría se funda en el deseo de no defraudar los legítimos cálculos de las personas interesadas en el último supuesto. En el primero, no cabe hablar de tal defraudación, puesto que, no haciendo el caso contacto con el país en que las normas de colisión han cambiado, las partes no han podido haber tenido en cuenta el Derecho de colisión de aquel país. En nuestro ejemplo hubo un punto de contacto con Alemania, por haber tenido en ella el causante su último domicilio. Supongamos que el último domicilio del español hubiera sido Suiza, pero que, no obstante, el pleito entre sus herederos se lleva ante

tribunales alemanes. En este caso, según la mencionada teoría, debe aplicarse la última norma de colisión alemana, ya que el causante no puede haber tenido en cuenta la anterior, puesto que ninguna relación tenía con Alemania.

bb) *Respecto a la norma de colisión intertemporal.*

La norma transitoria no puede engendrar el problema que estudiamos en idénticos términos. La sucesión temporal de varios Derechos de colisión interespaciales requiere normas transitorias; mas no ocurre lo mismo con la sucesión temporal de varias codificaciones de Derechos transitorios, porque su contenido consiste precisamente en la reglamentación del mencionado problema. No obstante, surge para las normas transitorias un problema análogo: el de sus normas de colisión interespaciales. Una norma transitoria contempla, por ejemplo, los negocios válidos según la anterior legislación. ¿Hemos de referir dicha norma transitoria a todos los negocios a que fué aplicable la anterior legislación, según el anterior Derecho internacional privado, o a aquellos a los cuales resulta aplicable la anterior legislación, con arreglo al nuevo Derecho internacional privado? En todos los casos en que cambian a la vez Derechos materiales y normas de colisión interespaciales, surge la duda de si las normas transitorias dictadas para el cambio de los Derechos materiales han de extenderse a supuestos con elementos extranjeros, con arreglo al derogado Derecho internacional privado o en virtud del nuevo.

WERNER GOLDSCHMIDT.

Doctor en Derecho.  
Miembro de L'Institut International de  
Philosophie du Droit et de Sociologie  
Juridique, en Paris.

(Continuará.)