

BIBLIOGRAFIA

El eximio catedrático D. José Castán Tobeñas acaba de demostrar-nos en una conferencia, leída en la Real Academia de Jurisprudencia: "La vocación jurídica del pueblo español" (véase esta REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, 1940, núm. 142, págs. 158 a 160).

Con mucha alegría saludamos por eso el libro de Jacques Maury, profesor de la Universidad de Toulouse, titulado *Règles Générales des Conflits de Lois* (Sirey, 1937), que con la alegación copiosa de la más moderna literatura española, confirma la tesis halagadora del señor Castán (1). Maury, cuyos trabajos meritorios se extienden también a la Parte Especial del Derecho Internacional Privado (D. I. Pr.) (2) se limita en el libro que tenemos a la vista a la Parte General. Entraremos en el examen del libro bajo el triple aspecto de la naturaleza del D. I. Pr., de su construcción sistemática y de sus problemas generales.

I. NATURALEZA DEL D. I. PR.: El problema que aquí surge es el de saber si el D. I. Pr. es derecho internacional o derecho nacional, y en este último caso si es derecho público o derecho privado; derecho público y privado; o ni derecho público ni derecho privado.

(1) Así, encontramos, por ejemplo, citados al mismo Castán (pág. 88, nota 4), a De Buen (p. 88, n. 4), a Recaséns (p. 34, 35, n. 1; 35, n. 2), a Trias de Bes (páginas 165, n. 4; 243), a Orué (p. 143, n. 5; 242), a Castro (p. 7 y 8, n. 5; 136, n. 2 y 4; 142, n. 2; 144; 165, n. 1; 170; 170, n. 5; 180; 182, n. 3; 189, n. 4; 190, n. 3; 191, n. 3; 192, n. 4; 240), a Werner Goldschmidt (p. 7, n. 5; 57, n. 1; 65; 66; 67; 69, n. 3; 71, n. 2; 77, n. 3; 78, n. 6; 80, n. 4; 83, n. 1; 134; 135; 135, n. 1 y 2; 136, n. 2; 144; 165, n. 1; 192, n. 4; 203, n. 3; 209, n. 1; 212; 215, n. 3; 241).

(2) Véase, por ejemplo, Maury: *Note alla rassegna di giurisprudenza italiana di Diritto Internazionale Privato*. Anno 1933. Istituto di Studi Legislativi. Roma, 1938. Estratto dalla *Giurisprudenza Comparata di D. I. Pr.*, vol. III, págs. 13 a 30.

1. *¿Es el D. I. Pr. derecho internacional?* Se nos ofrecen a su vez dos hipótesis: puede ser que el D. I. Pr. sea enteramente derecho internacional o que haya por lo menos preceptos en el derecho internacional referentes al D. I. Pr.

a) La opinión de los glosadores ha sido la de la *completa internacionalidad* del D. I. Pr. Existe para todo el mundo un único D. I. Pr. con su división tripartita en estatutos personales, reales y mixtos. El desarrollo histórico que nos ha enseñado que cada país tiene un D. I. Pr. diferente, ha hecho impracticable hoy día esta opinión. Sin embargo, tenemos que indicar el Código Bustamante, fundado en derecho internacional público particular, como un paso importante hacia una unificación del D. I. Pr. (1). Para Europa hemos de mencionar las conocidas Conferencias de La Haya (véase sobre el problema de la codificación internacional Maury, págs. 126 y sigs.). La unificación del D. I. Pr. puede alcanzar cierto punto. Pero no debemos olvidar que el derecho es una función de la situación social que siempre será diferente en los diversos países en cualquier punto importante. Tampoco debemos dejar de nombrar los sistemas de Zitelmann y de Frankenstein, ambos iusnaturalistas en el fondo. A pesar de sus méritos científicos indudables, están expuestos a todas las objeciones de cualquier intento de esta índole. Sin embargo, guardan un alto valor práctico en todos los casos en que no existe un D. I. Pr. positivo (hipótesis en la que fácilmente puede encontrarse un Tribunal Mixto) o en que el D. I. Pr. positivo es deficiente.

b) La segunda hipótesis, la de saber si por lo menos una *parte* del D. I. Pr. pertenece al derecho internacional, es violentamente rechazada por la así llamada escuela holandesa, cuyas teorías han encontrado calurosa acogida en los países anglosajones (referente a estos problemas véase Maury, págs. 10 y sigs.). La escuela holandesa cree que cada Estado legisla en plena libertad sobre las cuestiones del D. I. Pr.; y que sólo la cortesía y el bien entendido egoísmo le harán aplicar derecho extranjero. Desde un punto de vista completamente diferente, llega también Anzilotti a la exclusión radical del D. I. Pr. del derecho internacional. Anzilotti cree, con Kelsen, que cada ordenamiento jurídico

(1) El VI Congreso Panamericano aceptó el 13 de febrero de 1928 el Código Bustamante, convenio, que ha sido ya ratificado por Cuba, Santo Domingo, Costa Rica, Brasil, Perú, Nicaragua, Guatemala y Haití.

emana de una norma fundamental. Ahora bien; el derecho internacional emana de la norma fundamental: *pacta sunt servanda*; el D. I. Pr., en cambio, emana de la norma constitucional interna. Maury (págs. 20 y sigs.) ataca la concepción kelseniana de Anzilotti, objetando que el derecho consuetudinario demuestra la imposibilidad de construir un ordenamiento jurídico de normas dimanantes de una norma fundamental (1). La teoría de Anzilotti es prácticamente importante para el caso de una Ley nacional infractora de un Tratado internacional. Según dicho dogma de la absoluta separación de los dos órdenes jurídicos, el Juez ha de aplicar la ley, puesto que el derecho internacional no existe para él mientras que no se convierte en legislación nacional. La teoría de la separación no puede reconocer tampoco fuentes internacionales del D. I. Pr. como Tratados o costumbres internacionales (sobre estas cuestiones véase Maury, págs. 115 y sigs.). En oposición a estas dos teorías de la nacionalidad del D. I. Pr.: la teoría de la cortesía internacional, y la de la separación del orden jurídico internacional y del orden jurídico nacional, se levanta la opinión de Bartin, según la cual existe una costumbre internacional que establece la obligación para cada Estado de aplicar hasta cierto punto derecho extranjero; cada Estado, en cambio, es libre en la concretización de esta obligación (véase Maury, págs. 27 y sigs.). Este principio puede considerarse desde Savigny y Mancini como de derecho internacional. El "Institut de Droit International" declaró en 1874 que "l'admission des étrangers à la jouissance de ces droits et l'application des lois étrangères aux rapports de droit qui en dépendent, ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (comitas gentium), mais la reconnaissance et le respect de ces droits de la part de tous les Etats doivent être considérés comme un devoir de justice internationale". Llegamos ahora a las teorías que consideran el D. I. Pr. como derecho nacional.

2. ¿Es el D. I. Pr. derecho nacional?

a) ¿Es el D. I. Pr. derecho público?—Para numerosos autores, el D. I. Pr. es derecho público (véase Maury, págs. 85 y sigs.). Bluntschli lo coloca en el derecho constitucional. Sobre todo, hemos de mencionar aquella teoría que ve el objeto del D. I. Pr. en una delimitación de las soberanías de los diferentes Estados cuyos derechos sean tal vez apli-

(1) Véase también Legaz y Lacamra: "La plenitud del orden jurídico", en REVISTA CRÍTICA, 1940, págs. 112 y siguientes.

cables en un caso dado (véase Maury, págs. 40 y sigs.). Schnell, Raape, Anzilotti, Pillet y Niboyet representan dicha teoría. Creen que el D. I. Pr. delimita los Poderes soberanos de una manera análoga que la Constitución reparte los asuntos del Estado entre la Legislación, la Jurisdicción y la Administración. Sin embargo, opinamos que estos autores debieran incluir lógicamente el D. I. Pr. en el Derecho internacional, porque sobre este campo se ventila la delimitación de las soberanías. La refutación de esta consecuencia indicando la diversidad de los D. I. Pr. (véase, por ejemplo, Niboyet: *Principios de Derecho Internacional Privado*, trad. por Rodríguez Ramón, Reus, 1.^a ed., páginas 38 y 39) no es convincente, porque demuestra sólo que el Derecho internacional se encuentra referente a este punto en una situación caótica, pero no que se trata de derecho nacional, siendo su objeto de la esfera internacional. Anzilotti intenta resolver la antinomia considerando a cada Estado como el *negotiorum gestor* de la sociedad internacional. Esta teoría debe considerar lógicamente como finalidad del D. I. Pr. la "armonía de las diferentes legislaciones" (*Gesetzesharmonie*), según una expresión de Kahn.

b) *¿Es el D. I. Pr. derecho privado?*—Nussbaum (*Deutsches Internationales Privatrecht*, Tübingen, 1932, págs. 14 y 15) y Wolff (*Internationales Privatrecht*, Berlín, Springer, 1933; pág. 4) mantienen esta teoría, que es el resultado de considerar las normas de colisión como partes integrantes del derecho material cuya aplicación delimitan. También en Francia encuentra esta teoría defensores: Arminjon, Lerebours-Pigeonnière y Lapradelle (v. Maury, pág. 90). Esta teoría debe, con Savigny, exigir del D. I. Pr. nacional que ofrezca soluciones justas, sin tener en cuenta las soluciones de otros países.

c) *¿Es el D. I. Pr. de una naturaleza mixta?*—Esta es la opinión de Maury (págs. 91 y 92). Lógicamente admite Tratados internacionales y la costumbre internacional como fuentes inmediatas del D. I. Pr.

d) *¿Es el D. I. Pr. un derecho "sui generis"?*—Zitelmann, después de haber abandonado su opinión de la internacionalidad del Derecho Internacional Privado, mantiene, efectivamente, que el D. I. Pr. se caracteriza por no permitir una decisión directa, sino más bien indicar el derecho que la ofrecerá. Encontramos preceptos de la misma índole, por ejemplo, en el Código Civil, si declara aplicable a ciertos matrimonios el derecho canónico o a ciertos negocios el derecho mercantil. Desde este punto de vista, se puede distinguir derecho indirecto (también de-

nombrado *derecho externo*) y derecho directo (también llamado *derecho interno*), que, a su vez, puede ser público o privado, material o procesal. El derecho indirecto puede ser internacional o nacional, según lo reconozcan todos los pueblos o según cada pueblo tenga su derecho indirecto especial. Como actualmente nos encontramos con la última alternativa, acoplamos el derecho indirecto dentro del derecho nacional.

II. SISTEMA DEL D. I. PR.: La construcción sistemática del Derecho Internacional Privado puede partir de dos puntos de vista: del derecho objetivo o del derecho subjetivo. Maury elige la segunda posibilidad. Por tanto, vamos a tratar sólo de paso de la primera.

1. Pillet y Niboyet parten del *derecho subjetivo*. Así, dividen el derecho de colisión en dos partes: problema de la adquisición y de la extinción de derechos, por un lado, y problema de la importación de derechos, por otro lado. En el primer caso se trata de determinar la ley que ha de crear un derecho. La misma ley será aplicable al problema de su extinción. En el segundo caso, queremos fijar los efectos que un derecho, válidamente adquirido en cualquier país, produce en cualquier otro. Este segundo caso puede plantearse lisa y llanamente (un hombre, casado en Francia, hace valer en España su estado de casado), o complicado con un problema de la primera clase (un hombre divorciado quiere hacer valer su estado de soltero en un país donde no se admite el divorcio). Hemos de mencionar que el eximio internacionalista español Lasala Llanas también ha propugnado recientemente la teoría de Pillet y Niboyet (*Revista de Derecho Privado*, 1940, págs. 75 y siguientes). Ahora bien: sin querer negar, con Duguit (*La transformación del Estado*, trad. de Posada, Beltrán, págs. 197 y siguientes), la sustancialidad del concepto "derecho subjetivo", y admitiendo, además, la importancia de los "derechos adquiridos" para la labor legislativa, no creemos que el derecho subjetivo como punto de partida del sistema del D. I. Pr. sea conveniente, afirmación cuya prueba exige un artículo especial.

2. Maury, en cambio, parte del *derecho objetivo*; es partidario de la concepción normológica del D. I. Pr. (véanse, por ejemplo, páginas 134, 135, 145, 175, 176, 184 y 188) (1). Esta teoría considera

(1) Esta teoría, inaugurada por Zitelmann y Rabel, ha sido desarrollada en España por Werner Goldschmidt. Véase, sobre todo, *Problemas generales del D. I. Pr.* Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales, Madrid, 1935; *La*

la norma jurídica, codificada o no codificada, como punto de partida de todo sistema formal jurídico, basándose en los éxitos que la moderna ciencia del Derecho penal consiguió con mencionado método. Cada norma jurídica consta de un tipo legal, una consecuencia jurídica y características negativas. Dice, por ejemplo, el art. 11 del Código Civil español: "Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos se rigen por las leyes del país en que se otorguen." En esta norma encontramos el tipo legal en "las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás instrumentos públicos". Y reza la consecuencia jurídica: "rigen las leyes del país en que se otorguen". En la norma de colisión, en general, se trata en el tipo legal de una cuestión, de un problema (forma y solemnidades de los contratos, sucesión de una persona, bienes muebles, bienes inmuebles, derechos y deberes de familia, derecho procesal, etc.). En la consecuencia jurídica se ordena la aplicación de un ordenamiento jurídico que se determina según ciertos criterios (las leyes del país en que se otorguen los contratos, la ley nacional del difunto, la ley del lugar donde los inmuebles están sitos, etc.). Se puede ofrecer la siguiente fórmula, expresiva de la estructura de la norma de colisión, fórmula que Maury (páginas 134 y 135) en lo esencial acepta. En toda norma de colisión se nos dan una cuestión *a* en el tipo legal, y un ordenamiento jurídico *X* que se ha de determinar según ciertos criterios (los así llamados *puntos de conexión*), que podemos llamar *z*. El orden jurídico del Juez que conoce del asunto se llama *O*¹. Finalmente, encontramos también características negativas de la norma de colisión (comparables en el Derecho penal con las causas de exención de pena). La característica negativa más importante es el Orden Público Internacional, que impide la aplicación de derecho extranjero, mandada por la norma positiva de colisión, por infringir esta aplicación de derecho extranjero, en el caso concreto, concepciones esenciales del Estado. Así, habla Maury (pág. 239) de las "exceptions ou limitations au jeu de la règle de conflit".

Ahora bien: primeramente se plantea la cuestión: ¿en virtud de qué ordenamiento jurídico tenemos que interpretar el tipo legal *a* y las dos partes *X* y *z* de la consecuencia jurídica? Esta cuestión abarca el

consecuencia jurídica de la norma del D. I. Pr., Bosch, Barcelona, 1935; dos artículos en esta REVISTA, 1936, págs. 506 y siguientes, y págs. 581 y siguientes; Problemas de competencia en el D. I. Procesal de España, en Homenaje a Streit, Grecia, 1939.

problema de las *calificaciones*. Puede ser que se califique tanto *a* como *X* y *z* según *O¹*; puede ser también que se califique *X* y *z* según *O¹*, y *a* según el ordenamiento jurídico *O²* que *X* indique. Hay, además de éstas, otras posibilidades, que aquí no son del caso. En segundo lugar, se plantea la cuestión: *¿a qué se refiere X?* Esta cuestión abarca tanto el problema del *reenvío* como el problema de la *aplicación del derecho extranjero*. Porque diciendo, por ejemplo, que *X* se refiere a un ordenamiento jurídico extranjero en su totalidad, es decir, a su derecho interno, más su D. I. Pr., llegamos al problema del *reenvío*, mientras que esquivamos esta cuestión aceptando que *X* sólo se refiere al derecho interno extranjero. Por otro lado, las dudas de si *X* se refiere al derecho extranjero como tal derecho o como uso jurídico, nos conducen al problema de la aplicación del derecho extranjero, porque tratándose de derecho verdadero el Juez indígena tiene que manejarlo como derecho, mientras que, en cambio, el uso jurídico representa un mero hecho con todas sus consecuencias procesales (no casabilidad de una sentencia infractora de derecho extranjero, obligación de las partes de alegar y probar derecho extranjero, etc.). Tenemos que mencionar que Maury no acepta esta posición sistemática del problema de la aplicación del derecho extranjero. Maury aborda este problema en su primera parte: "Le concept de la règle de conflit", donde se ventilan los problemas que nosotros hemos colocado en la primera sección bajo el título "Naturaleza del D. I. Pr.". Además, subdivide Maury el problema en dos capítulos: "El título de la aplicación de la ley extranjera" y "La aplicación de la ley extranjera". Sin embargo, queda lo esencial, el punto de partida normológico, decidiéndose estas cuestiones secundarias pronto en uno u otro sentido (véase Maury, págs. 52 y siguientes). Al final hay que tener en cuenta las características negativas, sobre todo el Orden Público.

III. PROBLEMAS GENERALES DEL D. I. PR.:

1. *Problema de las calificaciones.* — Supongamos el testamento ológrafo de un holandés, otorgado en Francia. Holanda prohíbe esta clase de testamentos; Francia, en cambio, los admite. Ahora bien: planteándose el pleito en torno de su validez o nulidad en Holanda o en Francia, los D. I. Pr. de los dos países conocerán dos artículos que son de posible aplicación. Un precepto del D. I. Pr. aplica a la forma de los actos la ley del lugar donde se han efectuado (en nuestra hipótesis, la ley francesa); otro precepto aplica a la capacidad de las personas su ley

nacional (en nuestra hipótesis, la ley holandesa). Caso que haya de aplicarse el primer precepto, el testamento resulta válido; caso que haya de aplicarse el segundo, el testamento será ineficaz. El derecho francés "califica" (para utilizar la palabra mágica) nuestra cuestión como problema de forma; el derecho holandés la califica como problema de capacidad. ¿En sentido de cuál de ambos órdenes jurídicos ha de interpretarse el D. I. Pr.? El problema parece sutil. Sin embargo, encontramos en la vida vulgar dificultades análogas. Refiriéndonos a la capital bávara, pueden surgir dudas, si la hemos de escribir según la lengua castellana (Munich) o según la lengua alemana (München). Normalmente no se plantea esta cuestión, porque todas las palabras habrán de emplearse según el diccionario español. Pero aquí nos encontramos con un caso anormal, puesto que contiene elementos extranjeros. De manera análoga, habremos de interpretar normalmente un precepto del derecho español según el espíritu de la legislación española; pero si excepcionalmente nuestro caso contiene elementos extranjeros, pueden surgir dudas de si no aquella legislación extranjera debe ser la instancia interpretadora.

a) La teoría dominante, y también la de Maury (págs. 165 y 166), es la así llamada *teoría de la "lex fori"*. Esta teoría elige como instancia interpretadora de la norma de colisión el derecho interno del Juez que conoce del asunto. Si, por ejemplo, se entabla demanda en España referente a ciertos objetos destinados para una finca en Francia, y nos encontramos ante la duda de si se trata de muebles o de inmuebles, a los efectos del art. 10, párr. 1.º, del Código Civil (norma de colisión), hemos de interpretar dicho precepto, según mencionada teoría, en virtud de los artículos 334 y 335 del Código Civil (derecho interno del Juez), y no debemos desprender la definición del derecho francés. Hablando en el lenguaje de nuestro esquema, hemos de interpretar *a*, *X* y *z* según *O*¹. Esta teoría de la ley interna del Juez dimana de la concepción de la nacionalidad del D. I. Pr., por lo cual no apetece una armonía de todas las legislaciones, sino una solución justa, dentro de la relatividad de su legislación. Puesto que puede ser, por ejemplo, que en la hipótesis anterior hayamos de calificar las cosas como inmuebles según el derecho civil interno de España, por lo cual debemos aplicar derecho francés, en virtud del art. 10 del Código Civil español. Pero, según el derecho francés, se consideran estas cosas tal vez como muebles, de modo que el Juez francés aplicaría derecho español. Sin embargo,

esta contradicción no importa a la teoría de la *lex fori*, que tiene en cuenta meramente su propio derecho mientras que se trata de la interpretación de la norma de colisión.

b) Existe otra teoría, que se denomina *teoría de la "lex causae"*, y que es una teoría mixta, tanto en su aplicación técnica como en su finalidad. La *teoría de la "lex causae"* interpreta los puntos de conexión según la ley interna del Juez (residuo de la *teoría de la "lex fori"*), e interpreta el tipo legal según el orden jurídico indicado por los puntos de conexión (*lex causae*). En la norma de colisión referente a los muebles representa el punto de conexión "la nacionalidad de su propietario"; en la norma de colisión referente a los inmuebles lo es "la legislación del país donde están sitos". Ahora bien: los conceptos "nacionalidad", "propietario", "situación", han de desprenderse de la ley interna del Juez. Pero las definiciones de "muebles" y de "inmuebles" han de deducirse de la ley nacional del propietario y de la ley de la situación, respectivamente. De esta manera no se aplicará un derecho que no quiere ser aplicado. Traducción al lenguaje esquemático: *z* se interpreta según *O¹*; *a*, en cambio, en virtud de *O^x*, indicado por *z*. Esta teoría parte de la nacionalidad del D. I. Pr.; sin embargo, apetece conseguir una armonía legal.

c) Una tercera teoría, que puede denominarse *teoría de la "lex communis"*, parte de la internacionalidad del D. I. Pr., y busca, por tanto, sus definiciones en un terreno todavía no roturado, y que representará un derecho universal, constituido mediante un método de generalización sobre la ciencia del Derecho comparado.

d) No falta tampoco una concepción escéptica, defendiendo la insolubilidad del problema, basándose en las dificultades, forzosamente imprevisibles, que resultan de la concatenación de numerosos derechos diferentes e inconstantes. Maury (págs. 136 y siguientes) aborda las diversas teorías con gran maestría, haciendo sólo caso omiso de la última.

2. *Problema de la aplicación del derecho extranjero.*—Este problema consiste en la investigación del objeto de referencia de *X*. Dos grupos de teorías están opuestos: un grupo de teorías cree que *X* se refiere a derecho (teorías de derecho); otro grupo cree, en cambio, que *X* se refiere a hechos (teorías de hecho).

a) *Teorías de derecho:* En ellas hay que distinguir dos cuestiones: la primera pregunta por la cantidad; la segunda, por la calidad del

derecho referido. La primera pregunta se conoce por el título "problema del reenvío".

aa) Problema del reenvío (véase Maury, págs. 195 y siguientes): Supongamos la herencia de un inglés domiciliado en España. El art. 10, párrafo 2.º, del Código Civil español nos manda la aplicación del derecho nacional del difunto, o sea del derecho inglés. ¿Qué ha de entenderse por "derecho inglés"? ¿Qué cantidad de derecho inglés ha de aplicarse? Aquí surgen tres teorías, que pueden denominarse teoría de la referencia máxima, media y mínima. La "teoría de la referencia máxima" declara aplicable el derecho inglés en su totalidad, es decir, no sólo su derecho interno, sino también su D. I. Pr. Por tanto, no debemos aplicar en nuestra hipótesis el derecho de sucesión inglés sin más ni más, sino hemos de consultar antes el D. I. Pr. inglés, que declara aplicable en nuestro caso el derecho del domicilio del difunto, o sea el derecho español. Esta teoría apetece la armonía legal, y rehuye por eso la aplicación de un derecho que, a su vez, no quiere ser aplicado. Los adversarios de dicha teoría le hacen la objeción de la "pelota de tennis": el derecho español indica al derecho inglés; el derecho inglés indica al derecho español; el derecho español indica al derecho inglés, etc., *ad infinitum*. La "teoría de la referencia media" intenta escapar a este reproche deportista. Según ella, X indica el derecho extranjero interno y aquellas normas del D. I. Pr. extranjero que declaran la aplicabilidad de este mismo derecho extranjero. Esta teoría respeta también el derecho extranjero, y lo aplica sólo si éste mismo se declara aplicable mediante su propio D. I. Pr. Sin embargo, no respeta, en caso contrario, la solución del derecho extranjero (en nuestro caso, su indicación del derecho español), sino se retira, después de haber recibido la calabaza del derecho extranjero, orgullosamente a su D. I. Pr., buscando en él una nueva solución más feliz. Bien es verdad que la situación poco desarrollada del D. I. Pr. codificado dificulta su tarea. Si no nos es posible aplicar el art. 10, párr. 2.º, del Código Civil español, por rechazar el derecho inglés la invitación, ¿cuál norma de colisión viene a nuestra ayuda? La "teoría de la referencia mínima" evita todas las dificultades prácticas. Según ella, se refiere X al derecho extranjero interno. Por tanto, ha de aplicarse el derecho inglés de sucesión, y no debemos hacer caso del D. I. Pr. inglés. La "teoría de la referencia mínima" apetece una solución justa, dentro de la relatividad de su legislación, sin buscar la "armonía legal".

bb) Calidad del derecho referido: Según una teoría, aplícase el derecho extranjero como tal derecho extranjero. Según otra teoría, realízase una conversión del derecho extranjero en derecho nacional (teoría de la incorporación). Algunos opinan que esta transformación se realiza mediante el D. I. Pr. patrio, que declara aplicable al derecho extranjero (transformación legal). Otros defienden la tesis de que la incorporación se efectúa mediante la sentencia judicial, que aplica el derecho extranjero (transformación judicial), no faltando tampoco teorías intermedias. Los partidarios de la transformación legal, a su vez, se bifurcan en dos escuelas: una escuela habla de una transformación formal, según la que el mismo derecho extranjero es declarado derecho nacional; la escuela enemiga mantiene, en cambio, una transformación material, según la que el legislador nacional dicta leyes análogas a las leyes extranjeras referidas por el D. I. Pr. patrio. Todas estas teorías tienen importancia teórica referente a la explicación del funcionamiento del Orden Público, referente a la relación de ley y de sentencia, etc., y poseen también importancia práctica en lo que hace al tratamiento del derecho extranjero en el proceso. Maury (véase págs. 52 y siguientes) separa el problema de la cantidad y de la calidad del derecho extranjero referido, abordando el último en su primera parte.

b) Despues de haber enumerado las *teorías de derecho*, llegamos ahora a las *teorías de hecho*, que consideran el derecho extranjero como mero hecho. Existen varias; entre ellas, la doctrina de la escuela de Harvard y la "teoría del uso jurídico". Las "teorías 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 derecho en su patria respectiva. Según la "teoría de derecho", el Juez dice del derecho extranjero: "ita ius esto"; según la "teoría del uso jurídico", dice: "así será probablemente la sentencia del Juez extranjero". Maury (págs. 65 a 67) cree poder liquidar la diferencia concediendo a la "teoría del uso jurídico" que "derecho extranjero" no se refiere sólo a la norma legal, sino también a la interpretación que la jurisprudencia extranjera le da. Pero este problema de interpretación está separado por un abismo de la lucha entre las "teorías jurídicas" y las "teorías de hecho". Se plantea la cuestión de si el Juez puede cumplir la tarea que la "teoría del uso jurídico" le atribuye, sobre todo en el caso en que en el derecho extranjero no exista ningún precedente, de modo que el Juez nacional no posee

puntos de apoyo para fallar su juicio de probabilidad. En esta hipótesis el Juez nacional tiene que hacer las veces del Juez extranjero. Sin embargo, queda intacta la diferencia entre su actividad y la del Juez extranjero, que corresponde a la que media entre el informe de un abogado consultado o el de un romanista, referente al derecho romano, y la sentencia de un Juez. Es verdad que el informe jurídico del Juez nacional sobre el derecho extranjero es capaz de cierta generalización (Maury, págs. 66 y 67), pero no representa ya por eso creación de derecho. Porque, aunque la generalizabilidad de toda sentencia judicial es condición necesaria del papel del Juez como creador de derecho, no es condición suficiente, puesto que le hace falta además la autoridad estatal para fallar el "ita ius esto". Esta autoridad la niega el Estado al Juez según la "teoría del uso jurídico". La "teoría del uso jurídico" abarca el problema del reenvío. Naturalmente, no es posible tratar aquí de todas estas cuestiones (1).

3. *Problema del Orden Público*. — Maury (pág. 239) no lo aborda.

El libro de Maury trata de todos los problemas generales de la norma positiva de colisión. Expone, con una fidelidad digna del mayor elogio, todas las teorías en boga; también las teorías opuestas a su opinión; sus críticas son modelo de comprensión e imparcialidad. Para informarse de las corrientes modernas en el D. I. Pr., sirve el libro como ningún otro.

* * *

El conocido especialista del Derecho Penal Financiero D. Antonio Rodríguez Sastre, autor de numerosos y meritorios libros acerca de la indicada materia, entre los cuales mencionamos solamente *El delito financiero* (Madrid, 1934), ha publicado una nueva obra, intitulada *Temas de Derecho Penal Financiero: delito tributario* (Madrid, Ediciones Rayfe, 1940). Esta publicación es, teórica y prácticamente, muy estimable. En el campo teórico, contiene una síntesis del Derecho Penal Financiero y un desarrollo del delito tributario. A la práctica ofrece un comentario detallado de la Ley de 5 de enero de 1939 sobre ocultación fraudulenta

(1) Sobre la "teoría del uso jurídico", Suplemento 352 de la REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO; y Balogh en "Homenaje a Streit", págs. 74, 78 a 81, 90 a 93.

de beneficios extraordinarios de guerra. Un apéndice abarca el texto de la mencionada Ley, así como todas las Ordenes y Decretos referentes a ella.

* * *

**EL DERECHO HEREDITARIO EN LA TÉCNICA Y EN LA JURISPRUDENCIA
ESPAÑOLA**, por *D. Eloy Escobar de la Riva*.—San Fernando, 1939.

En un folleto de 24 páginas, el autor, premio extraordinario de la Licenciatura en Derecho y Teniente coronel, Auditor del Cuerpo Jurídico de la Armada, expone el concepto positivo del *derecho hereditario*, su naturaleza e inscripción (requisitos, valor y eficacia de la misma), gravamen, embargo y retracto. La materia se halla desarrollada con tanta sencillez como claridad, y enriquecida con notas doctrinales y copiosas citas de sentencias del Tribunal Supremo y resoluciones de la Dirección de los Registros.

LA REDACCIÓN.

ALBERTARIO (EMILIO).—*La riforma del Codice civile. Il libro primo*.
Un folleto de 86 páginas.—Milán, 1939.

En este sugestivo opúsculo resume el notable romanista las explicaciones dadas en los cursos de perfeccionamiento para funcionarios judiciales, profesados con motivo de la reforma italiana en materia de codificación civil.

Después de referirse con elogio al Código de 1865, razona la necesidad que venía sintiéndose de modificarlo: setenta años de existencia son mucho en la vida de un Código. Además, el nuevo régimen tenía que coronar su obra; el *novus ordo* en la esfera del Derecho público había de repercutir en la del Derecho privado. De ahí la reciente codificación, en que *el Estado no está nunca ausente*.

Expone seguidamente las innovaciones de mayor trascendencia que presenta el nuevo Libro I del Código (única parte de que se ocupa): desde el punto de vista de la ordenación, una Sistemática superior a la del viejo Código; adecuada regulación de las personas jurídicas; inclusión de las relaciones patrimoniales entre cónyuges en la Sección dedicada

al matrimonio; formación de un título propio y orgánico con los preceptos antes dispersos respecto a alimentos, etc., etc.

En cuanto a las instituciones en sí, subraya el intervencionismo del Poder público en el nacimiento de las personas jurídicas; pone de relieve la fundamental reforma de la ausencia; pondera las normas sobre celebración del matrimonio civil; interpreta en sentido amplio el criterio de que la educación ha de darse según la Moral y el sentimiento nacional fascista (quedando, por tanto, comprendidos los casos todos en que hay obligación de educar); explica las novedades que entrañan el patrimonio familiar, la posibilidad de constituir o aumentar dote *constante matrimonio*, las reglas sobre filiación ilegítima, el concepto de la patria potestad como función, *officium* o *munus*, el remozamiento de la adopción y la introducción del prohijamiento; ensalza las innovaciones "múltiples y vastas", introducidas para asegurar la máxima eficacia al organismo tutelar, que revelan un interés público en la materia; por último, hace que se destaque, como otras tantas líneas directrices de la reforma llevada a cabo, el desarrollo dado al principio de publicidad en favor de terceros, la preocupación por reconocer una cierta personalidad al menor (cuya audiencia y aun asentimiento se requiere en no pocas ocasiones), y la minuciosa y precisa reglamentación de las acciones de nulidad.

Con la pericia proverbial en jurista tan relevante, y con la autoridad que le presta su colaboración en los trabajos preparatorios, Albertario traza un panorama sintético y exacto que permite una visión acertada de los propósitos y alcance de la reforma, y termina invocando palabras de Scialoja (de quien se proclama discípulo), cuando en 1923 dijo en el Senado: "Querer hacer Leyes que no estén a la altura de los tiempos y que no puedan en su caso tomar como modelo los legisladores de los demás Países civilizados, sería cometer un aborto; y el aborto provocado constituye delito. No sería adecuado a la dignidad de nuestro País, al nombre glorioso de Italia en la Historia del Derecho y a las aspiraciones que nos animan a todos en este momento, el proponernos hacer un Código civil, es decir, la Ley más importante del Estado, que no hubiera de resultar obra excelente."

N. P. S.

BARASSI (LODOVICO).—*Istituzioni di Diritto privato. 2.ª ediz., secondo i nuovi libri del Codice civile.*—Un vol., en 4.º, de 474 págs.—Milán, 1940 (XVIII).

Un libro de “Instituciones” cuya materia sea el “Derecho privado” plantea la doble cuestión que estos mismos enunciados entrañan. De una parte, no puede ser un Compendio de meras nociones, ni tampoco lograr el pleno desarrollo que exige un Tratado fundamental. De otra parte, no ha de limitarse al Derecho civil, pero le está vedado abarcar toda la materia de lo que no sea estrictamente Derecho público. El Autor hace frente con gallardía a ambas dificultades. En primer término procura siempre aquellas condiciones de sistemática rigurosa, claridad y dogmatismo que resultan inevitables en toda obra didáctica elemental. En segundo lugar, cuida escrupulosamente de presentar junto al Derecho común o civil, los temas mercantiles, sin que falten incidentales alusiones a otros sectores (el Derecho laboral, por ejemplo).

Contiene el libro una Parte general y cuatro grandes Tratados, consagrados respectivamente a los Derechos reales, las Obligaciones, el Derecho de familia y el Derecho sucesorio, todo ello armónicamente distribuido, con subdivisión en amplios Capítulos y numeración correlativa de párrafos. En la Parte general, ahora tan en discusión, va estudiando el Derecho objetivo y el subjetivo, examinando respecto a éste los problemas de personalidad, nacimiento y ejercicio. Como derecho real primario analiza la propiedad, ocupándose después de los derechos reales de disfrute, más tarde de los derechos reales de garantía, y finalmente de la posesión. En la materia de obligaciones expone los conceptos generales, el cumplimiento y demás formas de extinción y los varios tipos de contrato, que cataloga atendiendo al carácter gratuito (donación, mandato, etc.) u oneroso, el cual a su vez puede dar lugar a relaciones de cambio (venta, permuta), o a posiciones contrapuestas (juego y apuesta), o bien a situaciones de tipo asociacional (Sociedad, aparcería, etc.); aparte de otros tipos contractuales, que pueden ser de base gratuita u onerosa (mutuo, renta vitalicia, etc.), o de las figuras encaminadas a dirimir incertidumbres jurídicas (transacción, compromiso). En el Derecho de familia desarrolla sucesivamente lo relativo a familia legítima, familia natural y adoptiva y lo referente a “Asistencia y protección” (alimentos, tutela, prohijamiento, emancipación e incapacidades). Por

último, el Derecho sucesorio se desenvuelve en estos apartados: Principios generales y delación legítima; sucesión testamentaria; y Efectos de la delación hereditaria (ejecución del testamento, herencia yacente, aceptación y renuncia de la herencia, beneficio de inventario, relación entre coherederos, colación y partición).

La índole de la obra le impone un sentido más expositivo que crítico, aunque se insinúen a veces las discrepancias de apreciación en la doctrina; pero nunca se echa de menos un diáfano espíritu orientador. El texto va limpio de notas, citas y referencias entorpecedoras, si bien cada párrafo contiene sucinta indicación de Bibliografía italiana selecta. El libro resulta, por tanto, de lectura grata, y provechosísimo como Manual para adquirir noticia general y completa de la esfera que abarca. Podrá discutirse en algún caso la Sistemática, no ya por la reacción hoy existente contra el plan germánico (apreciable en la propia Alemania), sino porque en esta clase de publicaciones, donde tanto interés ofrece la inclusión de un determinado instituto jurídico en este o el otro sector, puede extraerse al alumno el ver colocada, v. gr., la copropiedad entre las limitaciones del dominio, al lado del usufructo, aunque ello responda a convicción que razona el Autor. Asimismo cabrá formular reparo por la interpolación de temas como los títulos de crédito al comienzo del Tratado de Obligaciones, entre el concepto de éstas y el estudio de la pluralidad de sujetos. Quizás pudiera incluso estimarse que la visión conjunta y formativa se dificulta un tanto cuando aparecen entremezcladas las instituciones normales civiles con las específicas de orden comercial. Pero en contraposición a estos insignificantes lunares, ha de hacerse justicia al esfuerzo que supone empresa tan espinosa como la acometida, y que con admirable concisión realiza el Autor en un volumen reducido, lleno de positivo encanto. A ello ha de añadirse el interés que presenta la incorporación de las nuevas disposiciones, ya del reciente Código civil, ya de textos complementarios.

N. P. S.