

PROBLEMATICA DE LA APLICACION DEL DERECHO EXTRANJERO

Alejandro HERRERO RUBIO

1. *Preliminares.*

Cualquier intento de fundamentar la aplicación de la ley extranjera equivale, en realidad, al propósito de explicar el fundamento del Derecho internacional privado. La existencia de ordenamientos jurídicos distintos es un hecho que plantea un problema de convivencia, que no puede resolverse mediante una vigencia jurídica territorial estricta, que supondría la negación del hecho insoslayable de la sociabilidad, propio de la naturaleza humana.

Y ciertamente, el Derecho internacional privado cobra la razón de su existencia en la justificación de la aplicación por los jueces nacionales de normas jurídicas emanadas de fuentes extranjeras. Por eso, desde el inicio del problema conflictual obtenemos respuestas al hecho de la aplicación de las reglas extranjeras.

Para los *postglosadores* la justificación de la validez del estatuto de otra ciudad se realiza con la alegación de viejos textos romanos —como el *De summa Trinitate et fide catholica*—, que son comentados a tal efecto. Como trataban de establecer un sistema universal de Derecho internacional privado se afanaron en apoyar sus opiniones en bases generales y de autoridad indiscutida.

Según *D'Argentré*, que viene de la territorialidad feudal, la aplicación de una norma extranjera es sólo una excepción exigida por una razón de justicia, que se condensa en ese dogma de la «invariabilidad jurídica de la persona», que impone el reconocimiento general de la capacidad de quien la tiene reco-

nocida con arreglo a la norma vigente en el lugar de donde procede.

Entre los *estatutarios holandeses*, originariamente tan territorialistas como los juristas franceses de los siglos XV y XVI, las leyes extranjeras son aplicadas por exigencias de la *comitas*, es decir, de la necesidad de establecer las bases para una reciprocidad de trato.

Otras concepciones más recientes exhiben como título justificativo de la aplicación de las leyes extranjeras *el querer del Derecho de gentes*, expresión de la voluntad de la Comunidad internacional, o *el del Estado* de que se trate, como manifestación de su voluntad soberana.

De hecho y finalmente, lo sucedido es que el juez, en la última fase del llamado conflicto de leyes, tiene que proceder a la aplicación de la ley extranjera designada por las normas conflictuales de su legislación.

Pero la determinación de la ley extranjera aplicable ha dado ocasión al planteamiento de toda una serie de cuestiones posteriores, más no secundarias, que, además, han aumentado en número con la profundización en su estudio. De ellas, muchas son consideradas como procesales, pero otras tienen carácter sustantivo. Algunas han merecido la atención legislativa, pero otras se encuentran aún planteadas en el campo doctrinal y apenas sí se manifiestan en raras decisiones judiciales, fruto de la más progresiva jurisprudencia. En tales circunstancias es evidente que cualquier intento clasificador de esta numerosa problemática ofrece fáciles motivos de crítica al lector, pero es un riesgo que no tenemos más remedio que aceptar.

2. ¿Qué se entiende por ley extranjera?

Al tratar de determinar qué se entiende por «ley extranjera» la primera respuesta que se nos ofrece es meramente negativa: *ley extranjera es la no nacional*, o sea que se trata de un concepto que comprende a las leyes de todos los demás países distintos del que nos sirve de referencia.

Si aspiramos a puntualizar algo más, tendremos que admitir que se trata de todas las demás leyes, diferentes de las nuestras, *que emanan de legisladores extranjeros* y que, en derecho internacional privado, son aplicadas por los jueces nacionales. El no tener su fuente en la voluntad del legislador nacional, tal

como es definido en los textos constitucionales constituye la característica de la ley extranjera para Alex WEILL¹.

Aún cabe otra aclaración previa. Por «ley extranjera» se entiende el conjunto de reglas de derecho que los tribunales aplican en el cumplimiento de su misión. Es decir, no sólo las leyes, sino todas las normas de derecho (costumbre, jurisprudencia, principios generales de derecho) que los tribunales aplican en su función de administrar justicia. Sobre ésto tendremos que volver más adelante.

En resumen: el carácter extranjero del órgano productor de la norma jurídica es el que, normalmente, determina la condición de extranjera de la regla de derecho. Y decimos, normalmente, porque en circunstancias especiales puede un órgano jurídico nacional producir reglas destinadas a regir relaciones de otro país. Tal es el supuesto del Estado protector con relación al Estado protegido y, desde el punto de vista histórico se ha dado en casos de anexión en los que, transitoriamente, se ha considerado vigente en el territorio anexionado la ley del Estado cedente que, a partir de la cesión es ley extranjera para los tribunales de éste.

Cuando una regla de conflicto declara aplicable la ley nacional, o la ley del lugar de situación, está claro que no se refiere, exclusivamente, a las normas legales, que se refiere a las fuentes que el ordenamiento jurídico vigente en el país extranjero haya destinado a la regulación de la materia objeto de la relación con «elemento extranjero».

El «reclamo» a la ley extranjera afecta a todas las normas jurídicas establecidas en el esquema de producción jurídica del Estado extranjero². La ley, la costumbre, la jurisprudencia, según determina el derecho extranjero reclamado, pueden hallarse comprendidas en el concepto de «derecho extranjero». La regla, o reglas, concretas aplicables serán, pues, las señaladas por el ordenamiento jurídico extranjero, o sea que éste no ha de aplicarse en su totalidad sino solamente las normas que él mismo considere reguladoras de la situación de hecho propuesta³.

En este punto, la palabra «ley» debemos entenderla en un

1. Cfr. WEILL, *La loi étrangère devant les tribunaux français*, en «Juris classeur» de droit international, fascículo 539, n. 3.

2. AGUILAR, *Derecho internacional privado*, Vol. I., t. II. parte II, M. 1975, p. 245.

3. CASTRO, *La cuestión de las calificaciones*, en «Revista de Derecho privado», 1933, p. 282.

sentido muy amplio. Como dispone la ley de Introducción al B.G.B. en su artículo 2.º «*ley es toda norma jurídica*». De aquí que no sólo la expresión escrita de la voluntad del legislador haya de ser tenida en cuenta sino también las restantes normas de derecho. La costumbre, la jurisprudencia deben ser consideradas por el juez como normas primarias, complementarias o simplemente interpretativas de aquélla, según el sistema jurídico vigente en el país de referencia⁴.

Se trata, por lo tanto, de una regla de derecho no exclusivamente de una ley en sentido estricto. De tal modo que si el derecho reclamado fuese el de un país anglosajón, donde prevalece el sistema del *preceding*, serán las decisiones de los tribunales superiores las que deberán ser consideradas (*stare decisis*). Como dice CASTRO, «*se aplicarán las normas del ordenamiento jurídico extranjero que éste considere reguladoras de la situación de hecho propuesta*»⁵.

3. *Naturaleza de la ley extranjera.*

El Derecho internacional privado persigue la resolución de determinados supuestos (los caracterizados por la presencia de un elemento extranjero) mediante la aplicación de ciertas normas de derecho.

En el sistema de las reglas de conflicto son estas normas las inmediatamente utilizadas para, mediante la prevista conexión, aplicar, a su vez, reglas de un ordenamiento material que, con frecuencia, es un ordenamiento jurídico extranjero.

Preguntar, ahora, por la naturaleza de la ley extranjera parece algo peregrino. *Si es una norma de un ordenamiento de Derecho su naturaleza no puede ser más que jurídica*. La ley extranjera es derecho, no nacional, sino «extranjero», emanado de poderes públicos no nacionales, que es importado por haberlo así querido el legislador nacional.

Sin embargo, es bien sabido que el Derecho extranjero es considerado, *especialmente a efectos procesales*, como un *simple hecho* lo que acarrea una serie de consecuencias poco aceptables.

Parece natural que la consideración fáctica del derecho ex-

4. MAURY, *Régles générales des conflicts de lois*, en «R. des C.», tomo 57, p. 392.

5. CASTRO, *La cuestión de las calificaciones*, cit. p. 282.

tranjero haya provocado una reacción generadora de otra postura, también extremada. Que es la que pretende la plena *asimilación del derecho extranjero al derecho nacional*. Tampoco esto es exacto. Es la antítesis de que se sirvió DÖLLE como punto de partida en su conferencia del Instituto de derecho comparado de la Universidad de París atribuyendo esas posiciones a Francia y Alemania⁶. Ciertamente por al hecho de que el legislador ordene la aplicación de una ley extranjera, el derecho extranjero no se convierte en derecho nacional ni, tampoco, en simple hecho, *La ley extranjera sigue siendo derecho, pero también sigue siendo extranjera*.

Para BATIFFOL, el juez considera a la ley extranjera como un hecho exterior que tiene que comprobar y no como una noción a elaborar. Añade que en la ley existen un factor *imperativo* y un factor *racional*. En la ley extranjera subsiste este último, pero ha perdido el elemento imperativo⁷.

Considera el profesor BARILE que a las normas extranjeras debe concedérseles igual tratamiento que a las demás normas aplicadas en el orden jurídico de la *lex fori*. En particular, no se excluye el recurso de casación por la violación o falsa aplicación de dichas normas. Y continúa que *las normas extranjeras que se trata «tendrán siempre el carácter de valores jurídicos de la lex fori, es decir, que se considerarán como parte del derecho «nacional», aunque no estén formalmente encuadradas en la jerarquía de las fuentes estatales»*⁸.

4. Título de aplicación de la ley extranjera.

Es indudable que la aplicación en un país del derecho extranjero presenta el problema de explicar *cómo puede tener autoridad en ese país un legislador extraño*. Sabemos, ciertamente, que es indiscutible que el juez de nuestro país puede aplicar una ley extranjera solamente cuando nuestro propio derecho así lo dispone. También podemos preguntarnos si el derecho extranjero, al ser aplicado por el juez local, pierde su primitivo carácter identificándose con la *lex fori*. O, de otro modo, si el derecho extranjero pierde su condición de tal al

6. Cfr. DÖLLE, *De la application du droit étranger par le juge interne*, en «Rev. critique de droit international privé», 1955, p. 235 y s.

7. Cfr. BATIFFOL, *Droit International privé*, 6.ª ed., t. I, n.º 328.

8. Cfr. BARILE, *La fonction historique du droit international privé*, en «R. des C.», t. 116 (1965), p. 376.

ser aplicado por el juez nacional. A estas y a otras preguntas, con ella conectadas, se han dado respuestas diversas.

Los *países anglosajones*, partiendo del principio de la territorialidad exclusiva, concluyen que la ley extranjera nunca es aplicada como tal derecho objetivo. *El juez inglés sólo aplica derecho inglés*. Pero este severo concepto de la territorialidad es conciliable con la idea de los *vested rights*, que le permite considerar y mantener el derecho debidamente adquirido en el extranjero. Procedimiento indirecto para tomar en consideración la ley extranjera a cuyo amparo se adquirió el derecho.

Esta doctrina ha sido magistralmente explicada por el profesor MAURY al decir que, si un derecho es creado en Francia, por aplicación del derecho francés, «*constituye un hecho, un simple hecho para el soberano americano*», pero a este hecho, en virtud del principio de los derechos adquiridos, el soberano americano puede y debe vincular efectos jurídicos, que serán, sin duda, análogos a los efectos producidos en el derecho francés, pero que pueden ser diferentes. Es claro que sólo se aplica la ley americana, la *lex fori*, y que la ley francesa es sólo un elemento del hecho de la existencia del derecho (subjetivo) en derecho francés⁹. También considera el antiguo decano de Toulouse la cuestión de *qué ley determina que el derecho ha sido debidamente (duly) adquirido*. Para el juez de Norteamérica será su ley nacional, la *lex fori*, la ley americana. Con el inconveniente de que, si no hay coincidencia en este punto entre estas leyes, la francesa y la americana, podrá suceder que la ley americana proteja un derecho inexistente en el país de origen o, al contrario, que rechace el reconocimiento de un derecho existente.

Puesto que lo que pretende el derecho internacional privado es la aplicación de la norma extranjera y no del derecho adquirido en virtud de ella y si, además, partimos de la idea de que el juez solamente aplica su propio derecho, parece evidente la necesidad de transformar la ley extranjera en ley nacional, es decir, de «*incorporarla*» al orden jurídico nacional.

Esta noción de incorporación ha inspirado a una serie de doctrinas, especialmente en Norteamérica y en Italia.

En los Estados Unidos, COOK y LORENZEN, de la llamada escuela de Yale, han patrocinado la *local theory*, según la cual *judge made law*. Ante un caso que contiene elementos extran-

9. Cfr. MAURY, *Règles générales des conflits de lois*, en «R. des C.», t. 57, p. 378.

jeros el juez aplica siempre su propia ley, mas adopta como ley propia una regla de derecho idéntica o, al menos, análoga, a la vigente en otro país, al cual están vinculados todos o algunos de los elementos extranjeros implicados en la relación jurídica ¹⁰.

Como es notorio, la idea de la incorporación ha sido adoptada por la mayoría de los juristas italianos contemporáneos, quienes, con diferentes modalidades, explican así la aplicación del derecho extranjero.

Autores, como ANZILOTTI, CHIOVENDA y PACCHIONI, trataron de justificar la aplicación de las normas extranjeras por medio de la *incorporación material*, es decir, mediante la aceptación por la ley propia de la norma material extranjera que en cada caso señale como aplicable la ley conflictual propia. Se habla de un *rinvio recettizio*, por el que la norma de colisión, al disponer la aplicación de la ley extranjera realiza una apropiación de la misma, nacionalizándola en el país del juez ¹¹.

Los partidarios de la *incorporación formal* (AGO, PEROSI, MORELLI), aceptan como derecho propio todo el derecho extranjero, en tal forma que los ordenamientos jurídicos extraños vienen a ser una especie de anejos o apéndice de la propia legislación ¹².

No es este lugar adecuado para recoger las críticas que a las doctrinas de la incorporación que acabamos de mencionar se han realizado, siendo suficiente recordar las clásicas de VIGNY a las doctrinas americanas ¹³, a las que podemos añadir las opiniones de YANUAS y de MIAJA ¹⁴. En general, podemos señalar que la norma extranjera solicitada por las reglas conflictuales del foro, se aplica como tal, sin necesidad de recurrir a esas concepciones de la incorporación, apropiación o recepción, muy atractivas como construcciones técnicas delicadamente forjadas, pero calificadas de *artificiosas*.

10. Vid. COOK, *The logical and legal bases of the conflict of Laws*; en «Yale Law Journal», t. 33, p. 457.

11. Cfr. ANZILOTTI, *Corso di diritto internazionale*, Roma, 1925, p. 2; CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, trad. esp., 1922, t. I, p. 352; PACCHIONI, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1395, p. 43. Ver, también PUENTE EGIDO, *Ley extranjera*, en «Nueva Enciclopedia jurídica», t. XV, p. 182.

12. Vid. AGO, *Teoría del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 107; PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, Roma, 1938, 2.^a p. 61, y MORELLI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Padova, 1946, p. 21.

13. Vid. VIGNY, *Essai sur le droit international privé américain*, Paris, 1934, p. 176 y s.

14. Cfr. YANUAS, *Derecho internacional privado*, Madrid, 1944, p. 86 y MIAJA, op. cit. T. I, p. 380.

El tema de la aplicación del derecho extranjero por tribunales nacionales no ha perdido actualidad. Se mantiene planteado el dilema: o el derecho extranjero es aceptado como tal, como derecho extranjero, y así aplicado, o hay que declararle de algún modo como incorporado al ordenamiento nacional. Sin embargo, como ha observado PECOURT, «se ha experimentado apertura hacia fórmulas más elásticas en el terreno de las soluciones». Como expresión de esas tendencias eclécticas, menciona las aportaciones de SPERDUTI, con su *richiamo continuativo*, y de Santi ROMANO¹⁵.

También ha contribuido a la actualización del tema la teoría de GOLDSCHMIDT del «uso jurídico», que hace del derecho extranjero un puro hecho y ha producido reacciones como las de MIAJA y MOTULSKY¹⁶.

Creo que no es aventurado sostener que, actualmente, existe una cierta uniformidad en la consideración de la *naturaleza jurídica del derecho extranjero* declarado aplicable por la norma de conflicto y que esa uniformidad se acerca a la unanimidad en cuanto a que el derecho extranjero *conserva su naturaleza jurídica al ser aplicado por el juez nacional*¹⁷.

5. Interpretación de la ley extranjera.

La interpretación de la norma extranjera reclamada por la regla de conflicto del foro es una cuestión distinta de la interpretación de las normas materiales o conflictuales del ordenamiento propio del juez. En la interpretación de sus leyes propias

15. Vid. PECOURT, *Naturaleza y condición del derecho extranjero reclamado por las normas de conflicto*, en «Revista General de Derecho», Valencia, 1963, p. 3; SPERDUTI, *Primi lineamenti di una teoria degli atti di normazione continuativa*, en «Rivista di diritto internazionale», 1941, p. 14 y s.; SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1945, p. 136.

La concepción de la ley extranjera por la jurisprudencia española —anterior a la reforma del título preliminar del Código civil, articulada por Decreto 1836, de 31 de mayo de 1974—, ha sido expuesta por CORRIENTE CÓRDOBA, *En torno a la aplicación de la ley extranjera en el Derecho español*, estudio publicado en la «Revista general de legislación y jurisprudencia», 1974, p. 9.

16. Vid. GOLDSCHMIDT, *La consecuencia jurídica de la norma del derecho internacional privado*, Barcelona, 1935; MIAJA, *op. cit.*, t. I, p. 368; MOTULSKYK en *Revue critique de droit international privé*, 1955, p. 137.

17. Cfr. PECOURT, *loc. cit.*, p. 4, quien resume en estas conclusiones: 1.º El derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto es, genéricamente, derecho, normatividad jurídica; 2.º El derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto es, específicamente, derecho extranjero y con tal naturaleza se recibe en el ordenamiento del foro, y 3.º La re-

el juez ha de atenerse a los criterios establecidos en las normas legales o reglamentarias vigentes en el país del foro para la actuación de los tribunales locales¹⁸.

Pero serán los *criterios interpretativos que imperan en el ordenamiento extranjero* reclamado los que el juez habrá de tener en cuenta. Aún en el caso de que el sistema jurídico de la *lex causae* esté fundado en la ley, deberá el juez tener en cuenta la jurisprudencia de aquel país, en cuanto que la interpretación que haya establecido del precepto legal aplicable deberá informar su sentencia¹⁹.

Para algunos, ha de seguirse, en principio, la jurisprudencia extranjera, sea o no fuente de derecho en el extranjero. Se justifica esta actitud, porque es preciso, en cuanto sea posible, aplicar el derecho extranjero tal como es aplicado en el extranjero. Pero, advierten, *el litigio no es extranjero, es internacional*. Este carácter requiere una cierta libertad del juez, que necesita conciliar con la autoridad de principio de la jurisprudencia extranjera para alcanzar una interpretación más matizada²⁰.

En la interpretación del derecho extranjero aplicable se deben *tener presentes los mismos elementos del proceso interpretativo que sean empleados en el país de origen de la norma aplicable*, como dice MIAJA, para llegar, hasta donde sea posible, a las mismas soluciones que daría un tribunal del Estado de donde esta regla procede²¹.

Lo expuesto no puede entenderse como la privación al juez del foro de toda actividad interpretativa. Como dice PUENTE EGIDO, conservará, por lo menos, «la misma libertad de interpretación que tiene respecto de esa norma el juez del sistema

cepción del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto implica una compleja operación que tiene como consecuencia una cierta «transformación» de la norma extranjera recibida, que no es susceptible de determinación *a priori*.

18. Cfr. Aguilar, *op. cit.*, p. 249.

19. PONSARD, en *Repertoire de droit international*, t. 2, p. 264.

20. David. *La loi étrangère devant le juge du fond*, París 1965, p. 278. Vid., también, CHARBONNIER, *Loi étrangère et jurisprudence étrangère*, en «Journal Clunet», 1935, p. 473.

En el mismo sentido dice AGUILAR que «el Foro tiene que poseer una libertad de apreciación en función de su misión relevante en el Derecho internacional privado» y, más delante añade «que toda norma material extranjera, al aplicarse fuera de su propio ámbito, sufre una relativa transformación, se colorea, hasta cierto punto, según los rasgos dominantes en el ordenamiento del Foro» (*Op. cit.*, p. 250).

21. Vid. MIAJA, *Derecho internacional privado*, t. I, 7.ª ed., p. 421; cfr. WOLFF, *Derecho internacional privado*, trad. de MARÍN LÓPEZ, Barcelona, 1958, p. 205 y VALLADO, *Direito internacional privado*, 2.ª ed., Río de Janeiro, 1970, p. 481.

al que esa norma pertenece, mas como de una norma extranjera se trata, parece imponerle una regla de prudencia dentro de ese margen en la libertad de interpretación»²².

6. *Control de constitucionalidad.*

Los tribunales del Estado cuya regla de conflicto declara aplicable un ordenamiento extranjero deben *respetar la jerarquía de las normas* que establece este ordenamiento²³.

Como el reclamo al derecho extranjero hay que entenderle en sentido amplio, que alcance a normas aún de carácter reglamentario, no es infrecuente que se plantee la tacha de *inconstitucional* o de *ilegalidad* de la regla extranjera aplicable, con la inevitable cuestión de si el juez que tiene que decidir el pleito deberá, previamente, resolver acerca de la ilegalidad o inconstitucionalidad de aquella norma.

Casi tan variada como los supuestos previsibles es la opinión de la doctrina, que ha discutido ampliamente este tema.

Si el ordenamiento extranjero ha decidido ya sobre la constitucionalidad de su propia ley, el juez que conoce del pleito deberá atenerse a lo acordado²⁴. Pero, qué hacer cuando está pendiente la decisión.

Entonces, si el juez del país extranjero disfruta de la facultad de ejercitar ese control de la legalidad o constitucionalidad, también el juez del foro podrá llevar a cabo semejante control con relación a las leyes o decretos extranjeros que ha de aplicar con ocasión del litigio que está llamado a juzgar²⁵.

Otros autores no creen que el juez llamado a resolver un litigio y cuya ley le envía a otra extranjera pueda convertirse en órgano de control de la legalidad constitucional de las reglas extranjeras. AGUILAR arguye que «si el foro ha de aplicar las normas materiales extranjeras tal como se aplican en el extranjero, no es consecuente otorgarle un control autónomo, al margen del que se ejerza en el ordenamiento reclamado»²⁶.

Sin embargo, otros autores hay que opinan que el juez requerido no puede llevar a cabo ese control de constitucionalidad con

22. Cfr. PUENTE EGIDO, *Ley extranjera*, en «Nueva enciclopedia jurídica», t. XV, Barcelona, 1974, p. 183.

23. Cfr. MIAJA, *op. cit.*, p. 420.

24. Vid. AGUILAR, *op. cit.*, p. 248.

25. Vid. MAURY, *Régles*, cit. p. 395.

26. Cfr. AGUILAR, *op. cit.*, p. 248.

referencia a las leyes extranjeras, cuando su propia ley, la *lex fori* no le reconoce esa facultad con relación a las normas de su propio país²⁷.

El profesor DE NOVA ha distinguido según que en el país extranjero se haya decidido sobre la inconstitucionalidad de la ley de un *modo general* por el órgano especialmente encargado de este control (tribunal constitucional), o que la resolución se haya adoptado por un juez o tribunal ordinario en el propio país a propósito de *un caso concreto* ante él planteado²⁸. Es para él evidente que, en el primer caso, el juez debe tener en cuenta la resolución adoptada con tal carácter general y que, en el segundo supuesto, sólo podrá tener presente la decisión del tribunal extranjero en la medida en que la *lex fori* le autorice a servirse de las decisiones de la jurisprudencia extranjera.

Cuando el precepto aplicable ha sido considerado inconstitucional por el órgano encargado de este control con alcance *erga omnes*, el juez debe rechazar la aplicación de esa ley por el foro²⁹.

7. Derecho interno y Derecho internacional.

Cuando la norma extranjera declarada aplicable por el derecho del foro se encuentra *en contradicción con lo dispuesto en un tratado internacional* concertado entre el Estado extranjero y un tercer Estado ¿qué deberá hacer el juez del foro?

Hay, pues, una discordancia entre el Derecho interno del país de la *lex causae* y las obligaciones concertadas por ese mismo país con otros Estados.

La doctrina se encuentra dividida en cuanto a la posible conducta del juez del foro. Para MAURY hay que tener en cuenta *la regla de Derecho internacional que impone a los Estados el respeto a los tratados internacionales*, regla que no puede ser menospreciada por el juez del foro³⁰. Estima que se trata, pues, de una obligación del orden internacional, que se impone al juez francés, mientras que el orden interno del país extranjero no le obliga.

27. Cfr. BATIFFOL, *Droit international privé*, t. I, 6.^a ed. Paris 1974, p. 419 y DAVID, op. cit. p. 335.

28. Cfr. RERNE *Critique de droit international privé*, 1958, p. 536.

29. Vid. PONSARD, «*Loi étrangère*», en *Repertoire Francescabis*, II, p. 264.

30. Vid. MAURY, *Règles*, cit. p. 397.

Sin embargo, otros escritores consideran que la obligación del juez a quien las reglas conflictuales del foro remitan a una ley extranjera no es otra que la de determinar la regla que en el ordenamiento extranjero está vigente, se aplica por sus tribunales, sin tener nada que ver con el contenido de los tratados que ese Estado haya podido concertar. Propiamente, un juez francés no está facultado para aplicar un tratado concertado por Francia al que contradice una ley francesa posterior³¹. Dicho de otro modo, el juez francés no se considera llamado a aplicar un tratado con desprecio de una ley posterior contraria³². El destinatario del tratado es el Estado y, también, el responsable por su incumplimiento.

Parece, por tanto que, en general, el juez deberá aplicar la ley extranjera si ésta tiene efectivamente vigencia en el país de origen, a pesar del contenido contrario del tratado concertado entre el Estado extranjero y un tercer Estado. El incumplimiento del tratado por el Estado extranjero se considera como totalmente extraño *al juez del foro, cuya obligación es la de comprobar si la ley extranjera que va a aplicar en cumplimiento de lo dispuesto por sus normas de conflicto es, de hecho, aplicada en su país por los tribunales propios.*

8. Ordenamiento plurilegislativo.

También se origina problema cuando es señalado por la norma de conflicto como ordenamiento aplicable el de un *país plural*, formado por *comunidades autónomas* (Estados federados o grupos religiosos) que se gobiernan en todos o algunos aspectos de su convivencia por reglas jurídicas distintas.

Es notoria la existencia de Estados en los que la legislación de derecho civil no está unificada, por lo que subsisten varios sistemas con *base personal* (en atención a las características étnicas o religiosas) o *territorial* (cuando está dividido el país en regiones legislativamente diferentes)³³.

31. Cfr. NIBOYET, *Traité*, t. III, n. 981; BARTIN, *Principes*, t. I. p. 301, y BATIOFFOL, op. cit., t. I. n. 331.

32. Cfr. Weill, *La Loi étrangère devant les tribunaux françaises*, en «Juris Classeur de droit international», fasc. 539.

33. Si el primer caso se da en el Líbano y, en general, en los Estados con población musulmana y hebrea, el segundo supuesto es más frecuente, pues se da, no sólo en los Estados federales, sino en otros que no alcanzan esa condición, como en España, con las legislaciones forales.

El profesor AGO, profundiza en el tema, advirtiendo que la analogía

Por de pronto el juez del foro tendrá que consultar las *normas conflictuales que en el país* cuyo derecho es reclamado resuelven este tipo de conflictos entre los Estados federados o grupos religiosos (el denominado por BARTIN, *derecho intersistemático*) y adoptar la solución que ese derecho conflictual interno le ofrezca. Hasta aquí la solución es posible, no hay dificultades, prácticamente.

Pero la cuestión se complica si en el país con pluralidad de ordenamientos, o de sistemas, *no existen esas normas comunes* a toda esa pluralidad, capaces de señalar qué ordenamiento, o qué sistema, debe aplicarse. En tal caso, existirán normas conflictuales en cada uno de esos ordenamientos internos, o sistemas, que, al diferir, aumentan la confusión. Aún así, si la remisión se hizo a la *lex rei sitae* o a la *lex loci actus*, será posible señalar el lugar de situación de la cosa o el de la realización del acto y aplicarla, pero la dificultad subsiste ante la remisión a la ley nacional o, incluso, a la domiciliar, cuando la determinación de ésta es equívoca, por existir varios domicilios.

Tenemos que advertir que, en la doctrina, hay voces autorizadas que sostienen que la norma conflictual del foro reclama directamente los ordenamientos particulares del Estado plurilegislativo, especialmente cuando se trata de ordenamientos con base territorial considerando innecesario pasar por el trámite del ordenamiento central extranjero. Cuando de ordenamientos plurilegislativos con base personal se trata, estos autores admiten que la norma de conflicto remite al ordenamiento extranjero en su conjunto y que, de él, se debe pasar a los ordenamientos particulares³⁴.

Cuando la existencia de varios ordenamientos jurídicos en un Estado no está acompañada por un sistema de reglas de

entre las dos hipótesis anteriores es sólo aparente. En el caso de la pluralidad con base territorial el problema concierne directamente a la regla del Derecho internacional privado, pues de lo que se trata es de individualizar un sistema jurídico territorial extranjero para la solución del caso planteado. En el segundo supuesto, al contrario, se trata de un sistema jurídico territorial unitario, que ha sido individualizado por la regla de conflicto y lo que se persigue es la determinación en ese sistema de las reglas relativas a un caso concreto, se trata, pues, de un problema referente a la interpretación del derecho material extranjero y no de la regla de conexión de la *Lex fori*. Cfr. AGO, *Règles générales des conflicts de lois*, en «R. des C.», t. 58, 378.

34. Cfr. DE NOVA, *Il richiamo di ordinamenti plurilegislativi*, Pavia, 1940; *Les systèmes juridiques complexes en d.i.p.*, en «Revue critique de d.i.p.», 1955 y *Il caso in re O'Keefe e la determinazione de la lex patriae de un cittadino britannico domiciliato all'estero*, en «Annali de diritto comparato», 1950

colisión unificado, o si cada comunidad autónoma disfruta, además, de su propio sistema de colisión para resolver los conflictos internos, las cosas se complican, por lo que se ha considerado conveniente la localización de la relación haciendo uso de criterios complementarios, como el de la *lex rei sitae*, o la *loci actus*, aunque persistirá el problema si la localización no es física. Para este último supuesto aconseja DE NOVA que lo procedente es intentar por el camino de la interpretación la determinación de la norma de colisión, utilizar una *norma de conflicto supletoria* y, en el supuesto de no encontrar un criterio de vinculación válido, considerar como impracticable la norma conflictual del foro y *aplicar el derecho material* del propio tribunal.

9. *Leyes procedentes de Estados no reconocidos.*

Con reiteración se ha presentado ante los jueces la cuestión de saber si solamente estaban facultados para aplicar el derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto cuando ese derecho emanaba de un Estado reconocido por el del juez.

Con motivo de la revolución rusa los millares de súbditos del zar, rusos blancos, esparcidos por el mundo, plantearon ante los tribunales de muchos Estados occidentales este problema, que fue resuelto mediante la aplicación de las normas vigentes bajo el abolido régimen zarista.

Si nos atenemos a la lógica, parece indudable que sólo el *reconocimiento* es capaz de mostrar que estamos ante un órgano estatal y con autoridad suficiente sobre el territorio en el que ejerce potestad. Si a eso se agrega la esperanza en que el antiguo régimen logre su restauración en plazo inmediato, la solución de seguir aplicando las normas jurídicas reguladoras establecidas por los zares acabó prevaleciendo.

Ese punto de vista fue adoptado por la jurisprudencia de muchos países. Fue seguido en Inglaterra y los Estados Unidos con relación a la legislación rusa desde 1917 o 1924, considerando a las normas soviéticas como viciadas, no sólo por su origen, sino por su propio contenido, estimado como contrario a la *public policy* local. Se consideró que, cuando el poder ejecutivo del Estado ignora a un Gobierno, eso lleva consigo el desconocimiento del derecho de éste por el poder judicial de aquel Estado³⁵.

35. Vid. BARTIN, loc. cit., t. I, párrafos 31-32.

Si la obligación de aplicar el derecho extranjero es una exigencia consuetudinaria del orden jurídico que rige la comunidad internacional, parece evidente que, cuando el Estado no ha sido reconocido, su derecho no tenga validez. Es una cuestión cuya solución está íntimamente ligada a la del carácter constitutivo, o meramente declarativo, del reconocimiento.

Ya señaló el profesor MAURY la tendencia a aceptar como derecho las disposiciones legislativas, aun emanadas de un Gobierno no reconocido, siempre que el Estado sea miembro de la comunidad internacional. «Salvo impedimento del Derecho internacional público positivo, es derecho cualquier reglamentación de las relaciones humanas que se impone, de hecho, en un Estado determinado»³⁶.

A pesar de todo ello, la práctica dominante hasta entonces evolucionó a partir de la sentencia del tribunal de apelación de Nueva York en el *caso Sokoloff*³⁷, dando paso a un criterio más amplio y racional, admitiendo la aplicación de esas reglas extranjeras, incluso de Estados o Gobiernos no reconocidos, a condición de *que la autoridad del que dicta la norma sea efectiva*. Con ello, se estableció una diferencia entre el reconocimiento, considerado como acto político y la validez jurídica de los actos llevados a cabo por ese Gobierno, que es competencia de los tribunales.

Pero, a pesar de esta experiencia, después de la segunda guerra mundial se han aplicado reglas carentes de efectividad. Así, el tribunal de apelación de París, en sentencia de 21 de julio de 1953³⁸, declaró aplicable la ley polaca a la forma de un testamento redactado por un deportado en el campo de Auschwitz en 1942, que estaba situado en territorio de Polonia anexionado por Alemania. PONSARD menciona, también, la sentencia del tribunal de casación francés, de 10 de enero de 1951, que declara haber lugar a la aplicación de un *tratado franco-letón*, a pesar de la anexión de Letonia por Rusia, que no ha sido reconocida por Francia³⁹.

No hay que decir que la doctrina moderna rechaza este punto de vista que considera *poco realista* y, en efecto, resulta un poco sorprendente la insistencia en dar vigencia a unas reglas jurídicas que, de hecho, no son aplicadas en el propio país de

36. Cfr. MAURY, *Règles*, cit., p. 75.

37. Vid. *Journal Clunet*, 1925, p. 446.

38. Cfr. *Revue critique de droit international privé*, 1954, p. 536, nota de Loussouarn.

39. Vid. *Revue critique*, 1952, p. 681 y *Journal Clunet*, 1951, p. 168.

origen. Esta actitud de la jurisprudencia francesa responde a móviles políticos, que no debieran influir en el sistema de los derechos privados⁴⁰.

Ya en su curso de la Academia de La Haya, el decano MAURY podía advertir que «cuanto más se prolongaba el estado de hecho, sin reconocimiento por parte de algunos Estados, tal solución se mostraba más imperfecta y, como contradictoria con la situación real, más difícil, casi imposible de mantener»⁴¹. Mas recientemente, la jurisprudencia francesa ha adoptado este punto de vista en la sentencia del tribunal del Sena del 12 de enero de 1966, relativa al estatuto de bienes situados en Rusia al abrirse una sucesión en 1923⁴².

10. *Derecho Público.*

Tanto en la doctrina cuanto en la práctica judicial se venía considerando que el reclamo de la ley extranjera que, en el sistema de conflictos, realiza la norma de colisión va dirigido de modo exclusivo al derecho privado y nunca al derecho público. Esta resuelta actitud está fundamentada en la consideración del carácter exclusivamente *territorial* del derecho público.

Dejando a un lado lo equívoco⁴³ de la expresión «territorial» creemos que, sin embargo, tenemos que anotar lo *borrosos que son los límites entre lo público y lo privado referidos al Derecho*. Se trata de una distinción que ofrece amplias diferencias no sólo por razón del espacio —de un país a otro—, sino del tiempo, aún dentro del mismo país.

Para LALIVE, la aplicación del derecho extranjero, tanto público como privado, puede tener tres sentidos: aplicación coercitiva o no, de la ley extranjera⁴⁴, inclusión de la regla jurí-

40. Vid. BATIFFOL, *Droit international privé*, t. I, 6.^a ed., p. 329.

41. Cfr. MAURY, *Règles*, cit., p. 75.

42. Vid. *Revue critique de droit international privé*, 1967, p. 120. Se dice en la sentencia que «la falta de reconocimiento de un Gobierno extranjero no puede implicar el desconocimiento por los tribunales franceses de las leyes de derecho privado dictadas por aquel Gobierno antes del reconocimiento, para el territorio en el que ejercitaba de hecho, indiscutiblemente, su soberanía».

43. Para PECOURT, la noción de territorialidad es «plurívoca», lo que la hace insuficiente en sí misma como fundamento del principio de inaplicabilidad de la ley penal extranjera (Cfr. PECOURT, *La ley penal extranjera ante el juez del foro*, en REDÍ, 1970, p. 9).

44. En el derecho inglés, advierte LALIVE, la norma extranjera no es *enforced* sino solamente *applied*. En el primer supuesto hay aplicación coercitiva, en el segundo aplicación no ejecutiva, sin ejecución.

dica extranjera en el razonamiento que sirve de fundamento a la sentencia (*obiter dictum*), o «toma en consideración» de la norma extranjera, a ciertos efectos⁴⁵.

Durante largos años la territorialidad de las normas de derecho público ha sido considerada por muchos, autores y tribunales, como un dogma. Pero una evolución favorable a una revisión de esta concepción es claramente captable.

Dos motivos, principalmente, han contribuido a esta revisión de un criterio que parecía profundamente arraigado, tanto en la doctrina cuanto en la práctica jurídica: en primer lugar, *la ampliación del ámbito atribuido al Derecho internacional privado* y, en segundo término *la evolución en el contenido del derecho público*, consecuencia de alteraciones ocasionadas por profundos cambios políticos que han determinado el desplazamiento de instituciones del campo atribuido al derecho privado al del derecho público, principalmente.

La ampliación del ámbito del Derecho internacional privado se manifiesta en el descubrimiento de reglas directas, de normas materiales con delimitación de su esfera de vigencia, o preceptos materiales especialmente destinados a las relaciones privadas internacionales, diferentes de las que regulan las mismas relaciones en el orden interno⁴⁶.

Esta ampliación del horizonte abarcado por el derecho internacional privado como destinado *a resolver los problemas del tráfico jurídico internacional*, es decir, de relaciones de vida caracterizadas por la presencia del elemento extranjero, se encuentra ya registrado en la concepción del Derecho internacional privado *lato sensu* de VALLINDAS⁴⁷ y en el curso de VAN HECKE⁴⁸, entre los extranjeros, y, en España, ha sido formulada por nuestro compañero el profesor CARRILLO⁴⁹.

45. Cfr. LALIVE, *Sur l'application du droit publique étranger*, en «Annuaire suisse de droit international», 1971, 7. 27, p. 126.

Ante una especie de pudor por alterar el dogma de la inaplicabilidad del derecho público extranjero algunas resoluciones de la jurisprudencia han optado por «tener en cuenta» ese derecho, que pasa a ser considerado como un simple hecho, por ejemplo en materia de imposibilidad de la ejecución de una obligación.

46. Vid. MIAJA, *El derecho público extranjero en el tráfico internacional privado*, en REDI 1972, (t. 25), p. 246.

47. Vid. VALLINDAS, *Droit international privé «lato sensu» ou Droit international privé «stricto sensu»* en «Mélanges Maury», t. I. París, 1960, p. 509.

48. Cfr. VAN HECKE, *Principes et methodes de solution des conflicts de lois*, en «R. des C.», t. 126, p 409 5.

49. Vid. CARRILLO, *Derecho internacional Privado. Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1971, p. 30. Para él «una serie de fac-

El profesor NIBOYET escribía en 1930 que, tal vez a causa de su nombre, se había incurrido en el error de pensar que el Derecho internacional privado se limitaba a los conflictos de leyes privadas, lo que, a su juicio, era una idea completamente falsa. Añadía que el derecho internacional privado no está destinado solamente a resolver conflictos de derecho privado, sino que su papel es abarcar los conflictos en general, de derecho privado o de derecho público. Y concluía «se quiera o no, en derecho internacional privado se está obligado a dejar un hueco a las leyes de derecho público extranjero, a aplicarlas y a resolver los conflictos propios»⁵⁰.

La *doctrina* que podemos calificar de *tradicional* mantiene que *una pretensión fundada en el derecho público extranjero no puede ser admitida si supone, directa o indirectamente, el ejercicio de un poder público*, una manifestación del *ius imperi* extranjero siendo indiferente que la pretensión sea mantenida por un Estado, un organismo público o un particular.

Se ha explicado esta imposibilidad de aplicación del derecho público extranjero por una *incompetencia material del foro*. Pero esa incompetencia no es muy convincente, especialmente cuando se trata de *litigios en los que la pretendida aplicación del derecho público está vinculada a una cuestión civil*. Ciertamente, tenemos que reconocer que la distinción entre las pretensiones *iure imperium* y las efectuadas *iure gestionis* no es siempre fácil.

En todo caso, parece generalmente aceptado que un Estado no concede la asistencia de sus tribunales para la efectividad de las pretensiones *iure imperium* de un Estado extranjero, salvo que por la vía de los *convenios internacionales* se haya organizado una cooperación.

El profesor MIAJA se ha ocupado de estos problemas en un trabajo publicado en la REDI, en el que pone de manifiesto la

tores históricos hacen que la concepción restrictiva del Derecho internacional no sea hoy sostenible, al menos con el mismo rigor y radicalidad que en otros momentos: en primer lugar porque los fundamentos teóricos del planteamiento tradicional no son tan firmes como pudiera parecer; en segundo lugar, porque el examen crítico de las teorías sobre distinción entre Derecho público y privado lleva a un resultado paradójico y desesperante, ya que el límite entre uno y otro carece de fijeza en el tiempo, aparte de que, de hecho, una separación radical entre lo público y lo privado resulta cada vez más difícil»

En este último sentido abunda, entre otros, HERRERO, *Derecho internacional privado*, t. I., 3.ª ed. Valladolid, 1974 págs. 18 a 26.

50. Cfr. MIBOYET, *Les doubles impositions au point de vue juridique*, en «R. des C.», t. 31, p. 49.

fase en que nos encontramos revisora de la doctrina en cuanto a la aplicación de las reglas del derecho público extranjero, que para él tiene su punto de partida en la *necesidad de aplicar la ley extranjera, cuando así lo dispone la regla de conflicto, del mismo modo, o del más aproximado posible, a como se haría en el Estado de origen de aquella ley*. Y esta aspiración no se alcanzaría si en los casos, frecuentes, en que la ley extranjera está interferida por disposiciones imperativas de derecho público en su país de origen se prescindiera de estas interferencias, lo que supondrá llegar a soluciones diferentes, tal vez hasta contradictorias, en la aplicación de la ley privada extranjera⁵¹.

Señala el profesor de Valencia como punto de partida para esta acción revisora de la idea de la inaplicabilidad del derecho público extranjero la sentencia suiza en el caso de *Ammon v. Royal Dutch* (2 feb. 1954). En esta sentencia se alude a la unidad del orden jurídico y a la necesidad de examinar su justificación interna. Lo que debe indagarse es la *finalidad de la ley extranjera*, si su fin es *proteger intereses privados*, por oposición a a las necesidades inmediatas del Estado, para el juez suizo «no hay motivo alguno para excluir el derecho público extranjero por la única razón de que, por su naturaleza jurídica, sea derecho público extranjero».

Como concluye LALIVE, habrá dos especies de derecho público extranjero: uno «*público-público*», egoísta y malo y, el otro, el bueno, «*público-privado*», o al servicio de los intereses privados. Como se ve, la dificultad no ha sido resuelta pero, al menos, se la he hecho retroceder⁵².

Las primeras dudas acerca de la validez del pretendido principio de inaplicabilidad del derecho público extranjero surgieron con el examen de las decisiones judiciales que rechazaron la aplicación de *leyes extranjeras de nacionalización*. En efecto, de un modo general es posible decir que, en casos idénticos se rechaza la ley por otros motivos: su naturaleza de *ley política*, su condición *excepcional, exorbitante* del derecho común, para llevarnos al orden público, realizando una *acumulación de motivos* muy frecuente en la práctica judicial. Así, puede decir

51. Vid. MIAJA DE LA MUELA, *El derecho público extranjero en el tráfico privado internacional*, en REDI, 1972, p. 254.

52. La trascendencia de la sentencia *Ammon* —inspirada en una sugestión de NIEDERER en el Anuario suizo (XI, 1954, p. 91)— es significativa, por cuanto que su influencia no se circunscribe a Suiza sino que se extiende, a Alemania e Italia, donde el tema ya había preocupado anteriormente.

LALIVE que, al examinar la jurisprudencia se tiene la impresión de que la calidad de derecho público de la ley extranjera lejos de ver la verdadera *ratio decidendi*, no es más que una máscara, una *justificación puramente verbal* que el juez emplea, aunque se engañe él solo con esta fórmula.

Otra de las causas, a que antes aludimos, de revisión de la regla de inaplicabilidad de las normas de derecho público extranjero, es la *evolución del concepto del derecho público*, sobre cuyo contenido existe una multitud de criterios, que se ven afectados, además, por la constante interpenetración de ambas materias —la pública y la privada— dentro de cada país.

Realmente, es una distinción que, desde el punto de vista internacional, tiene muy *poca trascendencia* en la práctica de los países *anglosajones*, resulta *casi desconocida* en los países *socialistas* y solamente en los países con ordenamientos inspirados en el derecho romano *se mantiene*, aunque sufriendo *frecuentes alteraciones*, consecuencia de las cambiantes concepciones sociales, políticas y económicas.

¿Quiere esto decir que deberíamos prescindir de distinción del Derecho en público y privado? Salen al paso de cualquier propósito en tal sentido DE CASTRO y BATIFFOL. Para el primero, la diferenciación *conserva un valor práctico*, pese a la unidad del ordenamiento jurídico de cada Estado y a la penetración recíproca de las normas de un grupo en las del otro, en tanto que la calificación de una materia como pública o privada es decisiva en algunos aspectos⁵³.

En cuanto al profesor BATIFFOL, considera que, aún con tantas alteraciones como las sufridas por la secular distinción, no se trata de una simple cuestión de palabras, sino que está dotada de un sentido profundo que debemos respetar⁵⁴. No es, ciertamente, indiferente el que una norma sea de derecho público o privado, en especial en las ramas mixtas, como el derecho regulador de la libre competencia o el derecho del trabajo⁵⁵.

Cuando el juez del foro, cumpliendo el mandato legislativo emanado de la regla de conflicto, ha de aplicar una norma extranjera en esos campos del derecho del trabajo, la libre competencia o del derecho monetario *¿a quién corresponde determinar el carácter público o privado de esa regla extranjera?*

53. Cfr. FEDERICO DE CASTRO, *Derecho civil de España*, t. I, Madrid, 1949, p. 96.

54. Vid. BATIFFOL, *l'Etat du droit international privé en France*, en «Journal Clunet», 1973, p. 36.

55. Cfr. LALIVE, *op. cit.*

Las habituales tendencias calificadoras hacen acto de presencia: para los más es la *lex fori* la competente, para otros la *lex causae*, y para algunos, la *calificación autónoma*, fruto de la *acción comparativa* y destinada a la creación de conceptos generales, internacionales.

Que la cuestión que la aplicación del derecho público plantea no es baladí está definitivamente demostrado ante el hecho de haber sido llevada a la discusión del *Instituto de Derecho internacional*, que encomendó la correspondiente ponencia al profesor LALIVE. En su reunión de WIESBADEN (1975) se desarrolló una larga discusión que ha culminado en la adopción de una resolución que responde solo en parte a los muchos interrogantes que surgen en materia de aplicación del derecho público extranjero. Pero la discusión se mantiene abierta⁵⁶.

Lo más importante de la resolución del Instituto comprende la declaración de que «*el carácter público de una disposición de derecho extranjero designada por la norma de conflicto no puede ser obstáculo para la aplicación de esa disposición, salvo la reserva fundamental del orden público*». Y de modo expreso se declara lo infundado del pretendido principio de inaplicabilidad *a priori* del derecho público extranjero⁵⁷.

Para comentar esta resolución, cuya importancia es manifiesta, creo que son muy oportunas las consideraciones escritas por el profesor MIAJA, tres años antes (1972) en su mencionado artículo de la REDI. Decía, literalmente «lo expuesto hasta ahora no quiere decir que sea fácil una igualdad de tratamiento entre los sectores privado y público del derecho extranjero. Tan solo que ha quedado sustituida la proclamación de una regla apriorística, la de la inaplicabilidad del derecho público extranjero, por el planteamiento de un problema o, más exactamente, de varios conexos entre sí, acerca de la posibilidad, grados y requisitos de su aplicabilidad o, al menos, del papel que las reglas extranjeras de derecho público pueden desempeñar en la regulación que hace cada Estado del tráfico privado internacional»⁵⁸.

La aplicación del pretendido dogma de la territorialidad del derecho público extranjero que, generalmente junto a otros

56. Vid. MONACO, *Crónica de la reunión de Wiesbaden* en «*Rivista de Diritto internazionale*», 1976, p. 83.

57. El texto íntegro de la resolución del Instituto puede verse en «*Rivista di diritto internazionale*, 1975, p. 222-223. Como decimos, la discusión proseguirá, dedicando el Instituto su atención a las demandas de una autoridad o un organismo público extranjero fundadas en disposiciones de su propio derecho público.

58. Vid. REDI, 1972, p. 255.

motivos, es aducida por la jurisprudencia ofrece, a su vez, una amplia problemática.

En primer lugar por qué los tribunales de los distintos Estados admiten, con relativa frecuencia, *excepciones*, es decir, supuestos de no aplicación de la regla, mejor aún, casos en que, a pesar del «dogma» aplican el derecho público extranjero. En efecto, como observa LALIVE, los tribunales, en Alemania y Suiza, al menos, han sentido la necesidad de aportar excepciones a la regla de la inaplicabilidad del derecho público extranjero. Con ello, conseguían una mayor libertad de maniobra.

Las primeras excepciones se han producido cuando el derecho público extranjero se ha presentado como *elemento de hecho* (por ejemplo en caso de imposibilidad de la ejecución de una obligación), o como medio de resolver *cuestiones incidentales* o previas, es decir, como condición de aplicación correcta de la ley del foro o del derecho privado extranjero señalado por la regla de conflicto como aplicable. Como ejemplos, se pueden señalar la toma en consideración de la regla de derecho público extranjero para la aplicación de una norma condicionada a la *reciprocidad* y la *desgravación de una cuota tributaria* por las cantidades pagadas en el extranjero⁵⁹ o, en materia de la *nacionalidad* de un extranjero, o de pérdida de la nacionalidad del foro por adquisición voluntaria de otra nacionalidad, o la validez del vínculo matrimonial contraído ante una autoridad extranjera cuya competencia depende del derecho público extranjero⁶⁰.

Otra excepción, ampliamente utilizada por la jurisprudencia es la basada en la llamada *aplicación indirecta*, que se confunde frecuentemente con la simple «toma en consideración» del derecho público extranjero. Unas veces el juez al aplicar indirectamente el derecho público extranjero saca ciertas consecuencias, mientras que en otras ocasiones se concreta a admitir las consecuencias ya producidas.

La casuística es muy amplia y difícil de sistematizar como no se adopten criterios extraños a la ciencia jurídica, casi nos atreveríamos a decir que ajenos a la ciencia. Al decir esto, tenemos presente la calificación usada por ZWEIGER de *leyes «simpáticas»*, que son aquellas cuya aplicación —aunque formen parte del derecho público extranjero— está justificada en virtud de una

59. Vid. MIAJA, loi, cit. p. 276.

60. Cfr. LALIVE, loc. cit., p. 12.

solidaridad de intereses, políticos o económicos, con el Estado que las adoptó⁶¹. De este modo se explica la aplicación de reglas de derecho público en el campo de la seguridad social, regulación de cambios, luchas anti-truts y hasta disposiciones confiscatorias, como los decretos holandeses sobre el «*restablecimiento de las relaciones de derecho*»⁶². Se trata de una estimación totalmente arbitraria y que ha permitido hablar de una especial *vis atractiva* en determinadas normas, basándose en la coincidencia entre los motivos que las inspiran y las concepciones políticas o sociales del Estado del foro⁶³.

El más superficial examen de la doctrina permite aseverar la existencia de una muy generalizada opinión que admite que *no hay una imposibilidad técnica en aplicar el derecho público extranjero, ni tampoco existe regla alguna de derecho internacional privado que lo prohíba*⁶⁴.

Con parecida prudencia se pronuncia LALIVE, cuando sostiene que, de modo análogo al orden público, en materia de aplicación del derecho público extranjero es fácil detectar la existencia de un «*núcleo irreductible*» que no tolera la coexistencia, ni a veces el contacto con cuerpos extraños, por lo que produce reacciones de rechazo. La dificultad reside, para el jurista suizo, en la determinación de *unos principios*, tan amplios como precisos, que sirvan a la práctica jurídica. Si ahora no fuera posible llevarla a cabo, y mientras la evolución de las relaciones internacionales nos dé la oportunidad de proclamar tales principios, también es útil la eliminación de los dogmas superados⁶⁵.

11. *Los problemas de la ley extranjera en el tiempo.*

Cuando la regla de conflicto determina la aplicación de una ley extranjera puede acontecer que *se haya producido un cambio en dicha ley extranjera*, lo que plantea un dilema al juez del

61. Vid. ZWEIGERT, *Droit international privé et droit public*, en «*Revue critique de droit international privé*», 1965, p. 655.

62. Vid. *Ammon v. Royal Dutch*, en LALIVE, loc. cit.

63. Cfr. MIAJA, loc. cit., p. 286, que alude a una *vis repulsiva* que adquiere su normal expresión en su consideración de atentatoria al orden público.

64. Entre nosotros, CARRILLO declara que existe una práctica contemporánea que no es posible ignorar: la de una discreta acogida de la norma de Derecho público extranjero (loc. cit. p. 33).

65. Cfr. LALIVE, loi, cit. p. 53.

foro: ¿deberá aplicar la ley reciente o la antigua? Y para resolver esta duda es lógico remitirle al *derecho transitorio*, pero ¿a qué derecho transitorio, al derecho transitorio de la *lex fori* o al de la *lex causae*?

Ha prevalecido en la doctrina la solución que juzgamos más lógica, o sea, la aplicación del derecho transitorio de la *lex causae*, por considerar que el reclamo realizado a la ley extranjera debe conducir a aplicarla tal como es, efectivamente, en su país y, en consecuencia ha de ser la misma ley extranjera la que disponga, mediante sus normas de derecho transitorio, la regla vigente en cada momento. Tengamos presente que la remisión del derecho del foro es al derecho extranjero, a la norma que según este derecho corresponda y parece indudable que esa designación es una facultad de la propia ley extranjera, por lo que en el caso de cambio de la norma en el tiempo, es al derecho transitorio de la misma ley extranjera al que corresponderá decir cuál es la norma aplicable de las sucesivamente en vigor⁶⁶.

En algún supuesto se ha defendido que es el derecho transitorio del foro el aplicable. Uno de estos supuestos tiene su origen en la hipótesis de que el ordenamiento extranjero competente carezca de derecho transitorio aplicable. Aunque es una hipótesis difícil puede producirse, especialmente en aquellos países en que la ley del foro exige la alegación del derecho extranjero, puesto que no es tan infrecuente el que las partes, por una u otra razón, no hayan aducido el derecho transitorio extranjero competente⁶⁷. La razón de la aplicación del sistema del derecho transitorio de la *lex fori* está en el carácter excepcional de la aplicación de las leyes extranjeras, por lo que, al no ser posible, recupera la *lex fori* toda su competencia.

Y por supuesto, tampoco tendrá aplicación el derecho transitorio extranjero en el caso de ser contrario al orden público local, puesto que la *lex fori* recupera su competencia general y subsidiaria. Aunque en el caso de afectar al orden público por razón de retroactividad dispuesta por la norma transitoria, lo lógico sería aplicar la ley antigua y no el sistema transitorio del foro.

66. Vid. ROUBIER, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, en «Revue de droit international privé», 1931, p. 40.

67. Cfr. NIBOYET, op. cit. t. III, n.º 987 y GAVALDA, *Les conflits de lois dans le temps en droit international privé*, París, 1954, n.º 237.

12. *Problemas procesales que suscita la aplicación de la ley extranjera.*

En el orden procesal la aplicación de una ley extranjera, en cumplimiento de lo dispuesto por la regla de conflicto, da lugar a una serie de graves cuestiones que han dividido a la doctrina y multiplicado la actuación de los tribunales, no solo de los diversos Estados, sino incluso dentro de un mismo Estado. Tales problemas son fruto de *la consideración como simple hecho de la norma jurídica extranjera.*

La valoración de la ley extranjera como *norma jurídica* significa concederla igual tratamiento que a la norma nacional. Para quienes parte de la diferencia entre ambas se llega a conclusiones como la de que la incorrecta aplicación de la ley extranjera no entra en la esfera de acción de los tribunales de casación, por lo que recibe la misma consideración de los *hechos*. Entre estas dos posiciones está la que estima que la ley extranjera forma una *especial categoría*, no coincidente, ni con los simples hechos, ni con el derecho nacional.

Podemos decir que, en la actualidad, la ley extranjera es aceptada como regla de derecho y tratada como tal, aunque en algunos aspectos no se la identifique con la ley nacional. *Es considerada como ley, pero extranjera.*

Esto supone que, en el procedimiento judicial, esa condición de ley extranjera haya dado lugar a diferencias de trato en comparación con las normas nacionales⁶⁸.

13. *Alegación de la ley extranjera.*

Es notorio que, en cuanto a la ley nacional, *iura novit curia*, por lo que los tribunales usan del aforismo *da mihi factum, dabo tibi ius*: lo que significa que el derecho, conocido del juez, es aportado por el propio tribunal para formar la premisa mayor del silogismo judicial. Pero el derecho extranjero presenta aspectos que han servido para una conducta diferenciadora. Así, la *imposibilidad material* para el juez de *conocer todo el dere-*

68. Sobre estos temas merecen especial mención los trabajos de CARRILLO SALCEDO, *¿Alegación del Derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el juez español de la norma de conflicto española?*, en REDI, p. 585 y de ANGULO RODRÍGUEZ, *El Derecho extranjero y su tratamiento procesal en España*, en «Estudios de Derecho internacional público y privado», homenaje al profesor SELA SAMPIL, t. II, Oviedo, 1970, p. 967. y CORRIENTE CÓRDOBA, *op. cit.*

cho extranjero, por lo que, en los *sistemas procesales de aportación de parte*, se atribuye a los *contendientes* la obligación de *alegar la ley extranjera*. Esta concepción ha generado una crítica muy general por la doctrina.

La sentencia del tribunal de casación francés de 12 de mayo de 1959, en el *asunto Bisbal*, es ejemplo de esa doctrina que ha sido calificada de negativa. En ella se declara que las normas conflictuales francesas «*en cuanto prescriben la aplicación de una ley extranjera, no tienen el carácter de orden público, en el sentido de que corresponde a las partes reclamar su aplicación, por lo que no se puede reclamar a los jueces por no aplicar, de oficio, la ley extranjera y de hacer, en tal caso, apelación a la ley interna francesa, que mantiene su vocación para regir todas las relaciones de derecho privado*».

Los autores, en general, han desaprobado esta doctrina que, al no aplicar la ley extranjera deja, también, sin aplicación la *regla conflictual francesa*, que adquiere una condición inferior a las demás normas de derecho. Es evidente que la doctrina sentada en el caso Bisbal permite a las partes, si están de acuerdo, sustraerse a la vigencia de las leyes imperativas, especialmente de las referidas al estatuto personal⁶⁹. Así, el tribunal francés decretó, en el caso Bisbal, el divorcio de dos españoles, cuando es notorio que nuestra legislación, aplicable según la norma conflictual francesa, desconoce tal institución.

Una ligera rectificación ha supuesto la sentencia en el *caso Chemouny*, de 2 de marzo 1960, en la que se admite que el juez francés, sin la obligación de hacerlo, *puede aplicar* de oficio la ley extranjera competente. Tampoco ha satisfecho esta doctrina porque, si es cierto que podrán resolverse las cuestiones más molestas, pero se piensa que, al no estar obligado a hacerlo, la intervención del juez dependerá del valor que dé a la institución extranjera de que se trate. Conforme se incline a restringir el divorcio, o a facilitarle, promoverá o no, de oficio, el remedio obtenido de la competencia de una ley extranjera que le prohíbe. Con lo que se provoca el riesgo de que los *pleiteantes* se orienten hacia los tribunales conocidos por su indulgencia, estableciendo en situaciones jurídicas análogas una manifiesta desigualdad en cuanto a la ley aplicable.

69. MIAJA menciona el supuesto de un incapaz según su ley nacional que, al renunciar a la aplicación de ella, puede convalidar, ante un tribunal extranjero, un negocio jurídico en que fue parte, bien en acto de jurisdicción voluntaria o, en los actos contenciosos, por rebeldía o conformidad de la otra parte (Cfr. op. cit., t. I, p. 435).

Por los tribunales de instancias se ha llegado a admitir una cierta obligación de aplicar de oficio la ley extranjera, como en el caso de una española que solicitaba el divorcio de su marido, también español, ausente, precisando que no pretendía la aplicación de su ley nacional, resolviendo el tribunal que era un «deber la aplicación de la ley de conflicto que impone la aplicación de la ley extranjera»⁷⁰.

Para limitar el alcance de las resoluciones jurisprudenciales francesas se ha propuesto el recurso a la noción de *fraude de la ley*, que al ser el de la ley extranjera, tampoco supone una solución eficaz, pues es bien sabida la vacilación de los tribunales ante la sanción del fraude de la ley extranjera⁷¹. Por eso, BATIFFOL ha propuesto *declarar obligatoria la aplicación de oficio de la ley extranjera en materia imperativa*. Pero este recurso abre paso a nuevas dificultades: ¿qué materias son imperativas? ¿de acuerdo con la *lex causae* o con la *lex fori*? y si es esta última ¿con referencia al orden público interno o al orden público internacional?⁷².

Ante estas dificultades se ha propuesto que se obligue al juez a aplicar de oficio la regla extranjera declarada competente por la norma de conflicto quien, llegado el momento procesal oportuno, deberá advertir a las partes para ponerlas en estado de discutir la competencia y contenido de la ley extranjera, pudiendo hasta renunciar a su aplicación, si lo permite el orden público⁷³.

14. Prueba del derecho extranjero.

Si el juego de la regla de conflicto ha declarado competente a un derecho extranjero, la determinación del contenido de ese derecho da ocasión para nuevas cuestiones. Y así, tenemos que preguntar a quién corresponde determinar el contenido del derecho extranjero declarado aplicable y, después, qué modos hay para llegar a conocer el contenido de esa norma extranjera.

Es usual comprender estas operaciones con la denominación

70. Sentencia del Tribunal del Sena, de 8 de octubre de 1965. Ver, también, MOTULSKY, *L'évolution récente de la condition de la loi étrangère en France*, en «Mélanges offerts à René Savatier», París, 1965, p. 681.

71. Cfr. DAVID, op. cit., n.º 102.

72. Vid. BATIFFOL, ob. cit., t. I, n.º 333.

73. Vid. MOTULSKY, en «Mélanges Savatier», cit., p. 697 y el mismo, en «Mélanges Maury», t. I, p. 375, y David, op. cit., números 108 y 113.

de «*prueba del derecho extranjero*». Es usual, pero no exacto. Se trata de una consecuencia de la criticada consideración de la ley extranjera como un simple hecho. Y es evidente que si el derecho extranjero es declarado competente, no es uno de los elementos de hecho de la *litis*, cuya prueba corresponde a una de las partes, con el riesgo de pérdida del pleito de no probarle⁷⁴.

Vemos, pues, que la calificación como simple hecho del derecho extranjero declarado aplicable responde a la vigencia del principio *iura novit curia*, que supondría para el juez, cuando de la norma extranjera se trata, una carga insoportable, imposible. Por eso, al referir ese principio al derecho extranjero hay que entenderle tuitivamente: el juez no está obligado a conocer todos los derechos extranjeros, pero si ha de alcanzar en cada caso, el conocimiento del que deba aplicar, para lo cual debe disponer de medios apropiados para, si no lo sabe, investigar su contenido.

Es corriente que la jurisprudencia de los tribunales admita que los jueces no tienen la obligación de proceder de oficio a la investigación del contenido de la ley extranjera declarada competente.

Y si es cierto que el tribunal no tendrá, ni se le puede pedir, un conocimiento de derecho extranjero como ha de tener del de su país, la doctrina se manifiesta porque *el juez, colabore con las partes en la investigación del derecho aplicable* y, aún mejor, que emprenda resueltamente esa búsqueda requiriendo la colaboración de las partes.

Para la doctrina francesa no es satisfactorio que se deje al arbitrio del juez el investigar o no el contenido de la ley extranjera competente⁷⁵. Por eso, se ha llegado a la conclusión de que el juez tiene el deber de investigar el contenido de la ley extranjera declarada competente, deber que es más fuerte aún que el de aplicar de oficio esa ley. Negar este deber sería dejar en manos de las partes la aplicación de una supuesta ley extranjera, cuyo contenido podrían ellas mismas inventar por completo⁷⁶.

DAVID, en su preciada monografía, señala que corresponde a las partes la prueba del derecho extranjero cuando lo que se pretende es *obtener la reciprocidad* que, una vez probada, per-

74. Vid. MOTULSKY, *Mélanges Savatier*, cit. p. 690, y DAVID, op. cit., n.º 185.

75. Vid DAVID, op. cit., n.º 209.

76. Cfr. MOTULSKY en *Mélanges Savatier*, p. 692.

mitirá al juez la aplicación al extranjero de los beneficios de la ley, de arrendamientos urbanos, por ejemplo ⁷⁷.

Tenemos que reconocer que, en la práctica prevalece la idea de imponer la alegación y prueba del derecho extranjero a la parte que tiene interés en su aplicación. De aquí que la prueba del derecho extranjero sea asimilada a la prueba de los hechos base del proceso. Pero la actividad de las partes en cuanto a la determinación de la norma extranjera no es decisiva, sino puramente subsidiaria ⁷⁸, lo que permite al juez la determinación de la norma jurídica extranjera, independientemente de las afirmaciones de las partes o, incluso, contra ellas. La concorde afirmación de las partes acerca de la existencia de la norma extranjera sólo tiene el valor de un indicio que será apreciado libremente por el juez ⁷⁹.

En cuanto a medios para la determinación de la ley extranjera, se puede decir que, generalmente, no son objeto de una reglamentación específica, por lo que se adoptan las soluciones que imponen la naturaleza del objeto de la prueba y las necesidades prácticas ⁸⁰.

Ya MAURY llamó la atención advirtiendo que si lo que se trata de probar es una regla de derecho y no un hecho, tenemos que renunciar a la utilización de medios, como la confesión o el juramento de alguna de las partes ⁸¹.

El profesor YANGUAS, recogió en su obra las escasas disposiciones legales y convencionales que prescriben la aplicación de oficio de la ley extranjera ⁸².

77. Vid. DAVID, op. cit., n.º 242.

78. Cfr. CARNELUTTI, *La prova civile*, Roma, 1915, p. 15 y s.

79. Vid. MODELLI, *Derecho procesal civil internacional*, trad. de Sentis, Buenos Aires, 1953, p. 57.

80. Cfr. PONSARD, loc. cit., p. 268.

81. Cfr. MAURY, *Travaux du Comité française 1948-1952* cit., p. 115.

82. El artículo 293 del Código procesal alemán, de 1898, dispone que «Las normas de derecho escrito o consuetudinario vigentes en un Estado extranjero deben ser probadas sólo en cuanto sean desconocidas por el tribunal. Para la aplicación de tales normas, el tribunal no está obligado a limitarse a las pruebas proporcionadas por las partes, sino que puede valerse también de otras fuentes de información, dictando al efecto las oportunas providencias».

Y el artículo 2 de la ley federal suiza de 1891, determina que «el juez está obligado a aplicar de oficio el derecho de otro cantón» y en el artículo 32, añade que «las disposiciones de la presente ley son aplicables, por analogía, a los extranjeros residentes en Suiza», con lo que extiende al campo internacional el artículo 2.

También el tratado de Montevideo, de 1889, estableció la aplicación de oficio de las leyes extranjeras. Y el código de Bustamante, en el artículo 408, dispone que «los jueces y tribunales de cada Estado contratante aplicarán de oficio, cuando proceda, las leyes de los demás, sin perjuicio de los medios de prueba a que este capítulo se refiere».

En la práctica judicial al modo usual de probar el tenor del derecho extranjero es el documento suscrito por expertos a petición de la parte que, en Francia, se llaman «*certificados de costumbre*». La posición del que expide el documento es la de un *experto*, no de un *testigo* ya que no hace relación de un hecho sino de una regla general.

Otras veces estos certificados tienen carácter oficial, por emanar de los *cónsules acreditados*, o de autoridades, o ministerios del Estado cuyo derecho es aplicable, cuando las leyes de ese Estado les permiten esta expedición.

Como el juez puede decidir libremente acerca del valor de las pruebas ante él presentadas, tiene facultad para decidir cuál es la que corresponde al verdadero estado del derecho extranjero. Tampoco el peritaje, oficial o privado será nunca considerado como el único medio de probar la ley extranjera⁸³.

Para la determinación del contenido del derecho extranjero existe en la doctrina una muy amplia concepción. Admite la utilización de *documentos generales*, es decir, de textos no expedidos de modo especial para el caso planteado, tanto aportados por las partes como por el propio juez. Los llamados *textos legales* publicados en vista de su conocimiento y vigencia consiguiente, siempre que se tomen las necesarias garantías en cuanto a su fidelidad o a la autenticidad de la traducción, en su caso.

Incluso las *obras doctrinales* pueden ser aportadas para justificar el contenido del derecho extranjero que en ellas se expone. En la jurisprudencia francesa el tribunal de casación ha rectificado en algún caso al tribunal de apelación por una minusvaloración de este medio de determinación del derecho extranjero aplicable⁸⁴.

15. *Imposible determinación del derecho extranjero.*

Podemos suponer que, si ninguno de los documentos aportados por las partes, o por el juez, al pleito, son suficientes para determinar, en el caso litigioso, el contenido del derecho extranjero competente, se nos plantea una cuestión extremadamente difícil.

83. Cfr. PONSARD, loc. cit., p. 269.

84. Sentencia 26 abril 1950, cfr. *Revue critique de droit international privé*, 1950, p. 429, nota de Lerebours-Pigeonnière.

Al no poder aplicar el derecho extranjero son varias las soluciones que se han propuesto. La opinión más generalizada se manifiesta a favor de la aplicación de la *ley material del foro*, opinión que Batiffol patrocina y justifica considerando que la aplicación de la regla extranjera tiene, de ordinario, carácter excepcional, por lo que, al darse imposible, restablece la competencia, normal, de la ley material del foro.

Otra de las soluciones propuestas es la *absolución de la demanda* ya que, al no poder ser determinado el contenido de la ley extranjera, la demanda debe ser rechazada: «*Actore non probante reus absolvitur*». Se aduce que esta conducta podrá justificarse si la ley extranjera se considera como un elemento de hecho del litigio, puesto que si la parte a quien incumbe la prueba de ese hecho no lo consigue debe ser rechazada la demanda.

MORELLI rechaza la aplicación del citado aforismo en este caso, puesto que no se trata de la falta de cumplimiento de una carga, ya que la determinación del derecho extranjero declarado aplicable por la norma de conflicto no impone un *onus* a las partes sino una colaboración, una cooperación que no constituye en ningún caso una carga procesal⁸⁵.

Ante las críticas que el rechazo de la demanda por imposibilidad de determinar el derecho extranjero ha suscitado la doctrina, especialmente la alemana, aportó otra solución: la *aplicación de otro derecho que se presume análogo* al derecho extranjero competente. Se trata, por tanto, de aplicar un derecho distinto al señalado por la regla de conflicto, pero vinculado por pertenecer al mismo sistema jurídico.

No hace falta excesiva imaginación para comprender los riesgos que esa *praesumptio similitudinis* comporta. Obliga a llevar a cabo distinciones, con la consiguiente adopción de reglas un tanto artificiales.

Es una teoría costosa de poner en práctica, por la dificultad de determinar cuál es el sistema más próximo⁸⁶. Sin embargo, es una tesis que ha logrado predicamento en los Estados Unidos, donde tiene una fuerte limitación, ya que solo se refiere a los países que tienen su fundamento en el *common law* (otros Estados de la Unión, Inglaterra, Canadá, etc.).

85. Vid. Morelli, op. cit. p. 61.

86. DAVID pregunta si el derecho chino actual se puede considerar más próximo al derecho soviético que al derecho japonés (cfr. op. cit. n.º 136). Vid. JASSEEN, *Problèmes relatifs à la application du droit étranger*, en «R. des C.», tomo 106, p. 549.

En algunos Estados norteamericanos se ha establecido la presunción de que el único derecho análogo es el *common law* del foro. Es una presunción completamente artificial y si se le da un carácter general resulta más lógico aplicar la *lex fori* como tal y no en virtud de una presunción.

Y en realidad, la aplicación de la *lex fori* cuando el juez no ha logrado obtener de sus investigaciones, ni de los documentos aportados por las partes, el conocimiento del derecho extranjero, es una consecuencia de la obligación que pesa sobre él de resolver el pleito. Esta solución ha conseguido penetrar en las decisiones de la jurisprudencia francesa que acepta que, a falta de una competencia general de la *lex fori*, se puede mantener su competencia subsidiaria. Es lo que ha permitido a DAVID hablar de una vocación subsidiaria de la *lex fori*⁸⁷.

16. *La información acerca del derecho extranjero.*

Se comprende, no sólo la utilidad sino la necesidad de la colaboración internacional en materia de obtención de información acerca del derecho extranjero cuando deba ser aplicado, de conformidad con lo establecido por la regla de conflicto del foro.

Ya en el *Instituto de derecho internacional* se trató del tema y, en su sesión de Hamburgo (1891) adoptó algunas reglas. En ellas se dispone que cuando un tribunal haya de aplicar alguna ley extranjera sobre cuya existencia o contenido no están de acuerdo las partes, declarará en una resolución preliminar cuáles son las reglas o puntos de derecho necesarias para resolver el asunto. Después, emitirán *cartas rogatorias*, que del Ministerio de Justicia pasarán al de Asuntos Exteriores y de éste a los órganos competentes del país extranjero, cuyo Ministerio de Justicia responderá a la petición, sin alusión a hecho alguno, limitándose a atestiguar la existencia y el texto de las leyes.

El *Código de Bustamante*, adoptado en la Conferencia de La Habana, de 1928, dedica algunos textos a estos problemas. En el artículo 409 determina que la parte que invoque la aplicación del derecho de cualquier Estado contratante podrá justificar su «texto, vigencia y sentido» mediante *certificación de dos abogados en ejercicio* en el país de cuya legislación se trate. Y

87. Cfr. DAVID, loc. cit., n.º 181.

en el artículo 410, se faculta al juez o tribunal para solicitar, antes de resolver, que el Estado de cuya legislación se trate proporcione, por vía diplomática, un informe sobre el texto. Y, por fin, el artículo 411, impone a los Estados contratantes la obligación de suministrar en el más breve plazo la información necesaria que deberá proceder de los altos organismos judiciales de la Nación.

Mucho más reciente es el convenio firmado el 7 de junio de 1968, en *Londres*, en el marco del *Consejo de Europa*, sobre información acerca del derecho extranjero⁸⁸.

Los datos solicitables son los concernientes al derecho civil, mercantil, procesal y de la organización judicial.

Se establecen *órganos nacionales de enlace*, a los que deben dirigirse los órganos judiciales, con ocasión de una instancia ya incoada. El artículo 4 señala el contenido de la petición de datos. La respuesta ha de informar de un modo «objetivo e imparcial», facilitando los textos legislativos y reglamentarios, así como las decisiones jurisprudenciales. Los efectos de la respuesta no son vinculantes para el tribunal peticionario.

En el artículo 10 se establece la *obligación de responder*, que tiene alguna excepción en el artículo 11, como es el caso de que los intereses del Estado estuvieran afectados por la respuesta dada al litigio, en cuando estimare que la respuesta fuese capaz de atentar a su soberanía o a su seguridad.

La respuesta deberá ser facilitada *rápidamente* y, si no fuera posible, se hará saber al peticionario la fecha en que se le podrá contestar.

Consideramos importante hacer notar que, dado lo costoso de las certificaciones privadas previstas por algunas legislaciones, se establece que toda esta cooperación es, inicialmente, *gratuita*. Por acuerdos bilaterales se puede modificar esa gratuidad⁸⁹.

17. *La ley extranjera y el recurso de casación.*

Los teóricos de la Revolución francesa celosos por el mantenimiento del principio de la *división de poderes*, añadieron a los

88 El Comité de Ministros del Consejo de Europa invitó a España a adherirse al acuerdo, que fue ratificado por las Cortes el 2 de octubre de 1973 (BOE 7).

89. El texto completo de este Convenio en Angulo, *Lecciones de derecho procesal internacional*, Granada 1974, p. 211 y s.

recursos de ordinario establecidos el de casación, o de anulación, que pretendía impedir la supremacía del poder judicial sobre el legislativo. De hecho, resultó encargado de unificar la interpretación de las leyes por los tribunales de instancia y de apelación, corrigiendo los posibles errores o arbitrariedades de los tribunales inferiores. El correr de los años ha permitido que estos tribunales de casación, o supremos, hayan consolidado su instauración, contribuyendo resueltamente no solo al fin de *unificar la interpretación* de las leyes sino, en muchos países, completándolas mediante la aportación jurisprudencial en forma de «*doctrina legal*».

Los tribunales de justicia han de aplicar las leyes del foro materiales y, en el campo de los conflictos de leyes, las normas formales o conflictuales, siendo posible que, al hacerlo, incurran en esos errores o arbitrariedades origen del recurso de casación.

Pero, el tribunal, puede resultar llamado a aplicar una ley extranjera, material o formal —reenvío— y, en el cumplimiento de ese mandato de la norma de conflicto del foro incurrir, mediante una desafortunada interpretación, en parecidos errores o arbitrariedades.

Teóricamente, cabe distinguir el recurso de casación por *infracción de la norma del foro* reguladora de los conflictos de leyes, del basado en una *aplicación indebida de la ley extranjera* declarada aplicable por aquélla. Como sabemos, esta distinción es importante, ya que en la práctica la actitud adoptada ha sido muy distinta.

Es decir, que la aplicación de la ley extranjera a nivel de casación implica dos cuestiones: 1.^a si se ha interpretado bien o mal la regla de conflicto, y 2.^a si se ha interpretado debidamente la ley extranjera competente. La primera cuestión es de derecho interno, la segunda, no⁹⁰.

El sistema francés de casación tiene como características: 1.^a la de ser un *recurso extraordinario* sin efecto suspensivo ni devolutivo, puesto que no puede sustituir su resolución a la recurrida; 2.^a sólo examina la cuestión *de derecho* no los hechos, y, la 3.^a su fin es *mantener la unidad de la jurisprudencia* y, si el procurador general actúa de oficio, promoviendo el recurso en interés de la ley, la casación no produce ningún efecto entre las partes, teniendo solamente un alcance puramente doctrinal y académico⁹¹.

90. Vid. LEWALD, *Le control des Cours suprêmes sur l'application des lois étrangères*, en «R. des C.», t. 57, p. 207.

91. El sistema de revisión del derecho alemán, basado en el interés

En resumen, la casación por infracción de la norma de conflicto forma parte de la función ordinaria del órgano supremo judicial del país, que es la de velar por la unidad de la interpretación de las leyes. Y por supuesto dentro de esta actuación está la violación de una norma de conflicto establecida en un tratado internacional del que es parte el Estado del foro, ya que está equiparado a la ley⁹².

18. Casación por infracción de la ley extranjera.

Si el control de la recta aplicación de las leyes nacionales por los tribunales corresponde de modo evidente al tribunal de casación, cuando se trata de la aplicación de una ley extranjera por esos mismos tribunales la decisión se ha hecho depender, inicialmente, del carácter de derecho o de hecho reconocido a la ley extranjera. Actualmente, por cuanto llevamos expuesto, parece que este modo de interpretar la relación entre los dos problemas casi no merece consideración⁹³.

El sistema francés ha establecido que *los jueces de instancia interpretan soberanamente las disposiciones de la ley extranjera y que el tribunal de casación no tiene control alguno sobre aquella interpretación*. Y este principio es aceptado por la doctrina contemporánea⁹⁴, aun considerando que la ley extranjera es una regla de derecho estima que no puede ser tratada, desde el punto de vista de la casación de modo igual que la ley nacional. Y ello, porque la uniformidad de la ley nacional —misión de la casación— no se ve afectada por la interpretación inexacta de una ley extranjera. Además, el tribunal de casación no

de mantener la unidad de la jurisprudencia, también difiere del sistema francés, principalmente, en que el *Reichtgericht* puede decidir sobre el fondo del asunto, puede corregir los errores, aun los que no son objeto del recurso. En el sistema francés el *iudicium reseindens*, o sentencia anulada y el *iudicium rescissorium* en el sistema francés corresponden a instancias diferentes, mientras que el sistema alemán permite al *Reichtgericht* combinar los dos *iudicia* en una sola decisión (Cfr. Lewald, loc. cit., p. 217).

92. Vid. MIAJA, loc. cit., t. I, p. 442.

93. PONSARD, parte del principio de exclusión del control del tribunal de casación sobre la interpretación de la ley extranjera, por lo que sólo juzga interesante el examen de las excepciones a ese principio y centra su estudio en una de ellas, la de «desnaturalización» de una ley extranjera por los jueces de instancia (Cfr. op. p. 270).

94. Cfr. BATIFFOL, Loc. cit. n.º 337; MAURY, Régles, cit., n.º 71 y LEREBOUS PIGEONNIÈRE y LOUSSOUARN, *Précis de droit international privé*, 7.ª ed., 1970, n.º 314.

estará en condiciones de pronunciarse útilmente acerca del contenido y del sentido exacto de todas las reglas extranjeras que, eventualmente, pueden ser aplicadas en el país. Y este principio se mantiene aun cuando se trate de decidir si las disposiciones de la ley extranjera considerada competente reenvían, o no, a la ley nacional⁹⁵.

Este criterio de la jurisprudencia francesa, que ha sido seguido por la de casi todos los países ha sido calificado de ilógico y de perturbador. *Ilógico* porque el legislador al ordenar en la norma de conflicto la aplicación de una ley extranjera, es evidente que prescribe que esa ley sea aplicada tal cual es, siendo fácilmente presumible su voluntad contraria a aplicaciones erróneas o inexactas. Y es *perturbador* porque de nada vale el conseguir establecer un sistema conflictual perfecto si, a la hora de aplicar la ley extranjera competente, esta aplicación se hace torcidamente, sin posibilidad de fiscalización⁹⁶.

Aun rechazada la consideración del derecho extranjero como un simple hecho, excluido por la propia naturaleza del recurso de casación de su conocimiento, se ha tratado de justificar esta falta de control sobre la ley extranjera por la diferente posición del tribunal al aplicar el derecho propio y al hacerlo del derecho extranjero. El tribunal está obligado a conocer sus propias normas, pero no las de los restantes países, por eso el control sobre su modo de aplicar las leyes nacionales está tan justificado cuanto deja de estarlo cuando de reglas extranjeras se trata⁹⁷.

El profesor BATIFFOL diferencia la actitud del juez ante su propia ley, que se caracteriza por investigar lo que es justo, razonable, útil, o sea, lo que *debe ser*, y ante la ley extranjera, en que trata de interpretar cómo se juzga o, eventualmente, se juzgaría en el extranjero, o sea lo que *es*. Y concluye que así considerado se trata de una cuestión de hecho. Se añade que el control de la ley extranjera realizado libremente por el tribunal de casación conduciría, fatalmente, a contradecir a las resoluciones del tribunal de casación de la *lex causae* y, si el tribunal nacional trata de evitar esa contradicción tendrá que consultar documentos, oír testimonios, es decir, proceder de modo contrario a su reglamentación y, en síntesis, dedicarse a la investigación de un hecho⁹⁸.

95. Cfr. Nota de SAVATIER, en la *Revue critique de droit international privé*, 1955, p. 133 sobre sentencia Civ. 8 diciembre 1953.

96. Cfr. MIAJA, loc. cit., T I. 7.º ed. o. 444.

97. Vid. NIBOYET, *Traité*, cit. t. III, p. 607.

98. Vid. GARDE, *Los problemas del recurso de casación en Derecho internacional privado*, en REDI, 1951, p. 893.

Las dificultades de esta labor de investigación, así como el riesgo de pérdida de prestigio por el tribunal en el supuesto, previsible, de una decisión poco acertada fueron ya aducidos por el profesor NIBOYET⁹⁹, pero, en cualquier caso, no es una dificultad insuperable y, si los jueces de instancia han de realizar esa labor en condiciones muy inferiores —por su carencia de elementos de información y sus muy reducidas posibilidades de relación—, el Tribunal Supremo, situado en el más elevado nivel de la Justicia e integrado por personalidades sobresalientes tendrá a su alcance medios proporcionalmente muy superiores y aptos para basar certeramente sus resoluciones.

Si, en principio, el sistema francés excluye de la casación la posible infracción de la ley extranjera por el tribunal de instancia, se admiten, sin embargo, algunas *excepciones*.

En los casos en que las leyes del foro reservan su aplicación a los extranjeros supeditándola al requisito de *la reciprocidad*, es evidente que corresponde a los jueces de instancia la declaración de que la ley extranjera concede determinadas prerrogativas, pero queda reservado al tribunal de casación el control acerca de si esas prerrogativas tienen suficiente analogía con las establecidas en la ley del foro para que la condición de reciprocidad legislativa se considere cumplida¹⁰⁰.

También se reconoce al tribunal de casación el control de la *calificación* que en derecho corresponde a los hechos libres y soberanamente comprobados por el tribunal de instancia. Por ejemplo, si son constitutivos de *culpa*¹⁰¹.

Todavía, en lo relativo al contenido de la ley extranjera, se reconoce al tribunal de casación el control sobre los *motivos apartados* por los jueces de instancia. La necesidad de motivar las sentencias permite al tribunal de casación censurar una interpretación en contraste con el sentido aparente del texto extranjero. No se persigue la revisión de todas las cuestiones de hecho que se han debatido sino un control de la suficiencia de los motivos¹⁰². Esto hace posible la censura de una interpretación realizada sin enunciar los textos que la sirven de fundamento, o rechazar una interpretación insuficientemente fundada y contraria a las conclusiones de una de las partes, declarando la casación por falta de base legal¹⁰³.

99. Vid. NIBOYET, loc. cit., t. III, p. 61 y s.

100. Cfr. WEILL, en *Jurisclasseur de Droit international*, fasc. 539, n.º 173.

101. Vid. BATIFFOL, loc. cit., t. I, 6.ª ed., n.º 339.

102. Vid. BATIFFOL, op. cit., n.º 341.

103. Cfr. PONSARD, loc. cit., p. 271.

Otra de las excepciones al principio que excluye de la casación, en el sistema francés, la infracción de la ley extranjera es la llamada «*desnaturalización*». Se trata de una noción ya aplicada para fundamentar esta clase de recursos en materias de contratos, por aplicación del artículo 1134 del Código de Napoleón. Lo que se persigue, en realidad, es evitar la desnaturalización de las cláusulas claras y precisas de un contrato.

Este control de «desnaturalización» ha sido considerado como una solución intermedia entre los partidarios del control de la interpretación de la ley extranjera y quienes, por el contrario, la rechazan como impropia de un tribunal de casación¹⁰⁴. De este modo, se trata de evitar que los jueces de instancia eludan la aplicación de la ley que habían admitido como competente, logrando impedir, a la vez, que mediante una generalización de su control comprometa el tribunal de casación su autoridad, al dar él mismo una interpretación para la que no siempre dispone de los instrumentos necesarios para obtenerla¹⁰⁵.

No ha resultado hasta ahora fácil el fijar con precisión el límite entre el control de *interpretación* que el tribunal rehusa practicar y el de *desnaturalización*, cuyo principio admite¹⁰⁶. Mientras el tribunal de casación hace solamente un prudente uso de este motivo de anulación, la doctrina trata de configurar esta excepción de un modo práctico, dada la frecuencia con que, en Francia, se han de aplicar leyes extranjeras.

Para WEILL, el uso por el tribunal de casación de sus poderes generales en materia de control de los «motivos» y de los supuestos de «desnaturalización» de la ley extranjera, puede permitir que se eviten divergencias de interpretación demasiado chocantes¹⁰⁷.

Nos demoramos en el examen de la práctica francesa en esta materia en atención a la influencia que su actitud negativa ante la protección por el tribunal de casación de la justa interpretación de la ley extranjera ha ejercido en otros países, no siendo pocas las naciones americanas cuyo sistema de casación está inspirado en la concepción francesa. Es de notar la posición contraria mantenida en el artículo 412 del Código de Bustamante¹⁰⁸.

104. Cfr. LAGARDE, en nota de la *Revue critique*, 1962, p. 333.

105. Vid. FRANCISCAKIS, *La loi étrangère à la Cour de casation*, en «Revue Dalloz», 1963, cron. II, p. 7.

106. Cfr. PONSARD, loc. cit. p. 271.

107. Vid. A. WEILL, loc. cit., p. 27.

108. Cfr. MIAJA, op. cit. t. I, 7.ª ed., p. 448.

El artículo 412 del Código de BUSTAMANTE dispone: «En todo Estado

19. *La adaptación.*

La utilización de las normas de conflicto conduce, frecuentemente, a que, para la resolución del caso particular, el juez tenga que aplicar, simultáneamente, normas materiales pertenecientes a sistemas jurídicos diferentes. No es infrecuente que esta diversidad de reglas con distintas inspiraciones provoque contradicciones, cuando no incoherencias, que, para dictar una sentencia justa, obligan al juez a armonizar o coordinar estas diferentes normas.

La concurrencia de leyes diferentes es capaz de crear incompatibilidades, o resultados incoherentes, que coloquen al juez en la imposibilidad de dictar una solución jurídica.

En el sistema de los conflictos de leyes el juzgador debe pasar por *diferentes fases*. En la primera, *califica* las relaciones jurídicas, para, en la segunda, determinar los *puntos de conexión* que le llevarán, en la tercera, a la selección de las normas materiales extranjeras que, en una cuarta fase, pueden verse afectadas por el *orden público*, a fin de proceder, por último, a la *aplicación de las reglas materiales extranjeras* a la relación litigiosa. Pero no es inhabitual el que el juez compruebe que las reglas, nacionales o extranjeras, que se superponen resultan inconciliables entre sí, ya por la evaluación de las circunstancias de hecho, o en cuanto a la determinación de los efectos jurídicos que de aquéllos se desprenden¹⁰⁹.

Cuando el juez se encuentra ante la obligación de aplicar dos o más normas que no son conciliables entre sí, que aplicadas a un mismo supuesto conducen a resultados injustos, puede adoptar varias posiciones.

La primera y más elemental consiste en prescindir de las normas extranjeras reclamadas por las reglas conflictuales y recurrir para la resolución del caso a sus propias normas materiales, a la *lex fori*.

La segunda solución que puede adoptar el juez es la de prescindir totalmente de la aplicación *de una de las normas* y regular el caso por la norma antagónica.

Y por fin, la tercera solución a que el juez puede acudir

contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto al Derecho nacional».

109. Vid. CANSACHI, *Le choix et l'adaptation de la règle étrangère dans le conflits de lois*, en «R. des C.», t. 83, p. 115.

es la de *armonizar las normas* encontradas, aplicándolas parcialmente, sin prescindir en absoluto de ninguna de ellas, ni recurrir a la *lex fori*¹¹⁰.

La doctrina, ante esta nueva cuestión, ha adoptado actitudes variadas que, con AGUILAR, podemos concretar así:

Para algunos, se trata de un *problema artificial*, inexistente, ya que la universalidad del orden jurídico, su unidad y el contenido rigurosamente conflictual del Derecho internacional privado autorizan a despreocuparse del resultado a que se llegue dando ejecución a lo dispuesto por las reglas de conflicto.

Para otros, «el problema es absorbido dentro de una concepción sustancialmente *material* del Derecho internacional privado, en la que es por vía de una *norma material* —y no conflictual— como se llega al resultado justo».

Y, por último, prepondera la opinión de que debe actuarse

110. Cfr. VITTA, *Nozioni di diritto internazionale privato*, Torino, 1960, 3.ª ed., p. 50; del mismo, *Diritto internazionale privato*, t. I, Torino, 1972, p. 217 y s. Este autor ilustra su exposición con algunos ejemplos.

Para el supuesto de incompatibilidad total, con el consiguiente recurso a la *lex fori*, plantea la hipótesis de que, ante un juez italiano, se pida la compensación legal de dos obligaciones regidas por leyes extranjeras diferentes. Para una de estas leyes, la primera obligación se extingue por compensación y persiste la segunda. Para la otra ley los resultados son contrarios. No son conciliables, ya que la aplicación de una de ellas excluye la aplicación de la otra. La doctrina dominante prescinde de ambas y aplica la *lex fori*, en el supuesto, la italiana.

Otro ejemplo, parte de la norma que declara que la sucesión se rige por la ley nacional del difunto en el momento de su muerte. En el caso del hijo adoptivo que no puede heredar *ab intestato* puesto que la ley nacional del difunto no le otorga participación alguna, mientras que la ley de la familia natural excluye de la sucesión *ab intestato* a los hijos que son adoptados por otras personas. De este modo, ambas leyes proporcionan reglas desfavorables al adoptado. Para impedir un resultado inicuo debe estar autorizado el juez para excluir la aplicación de una de las leyes, regulando el caso por la otra. Por ello, al morir el adoptante, debe atribuir al adoptado la cuota hereditaria que la ley del difunto le hubiera reservado en el supuesto de ser hijo natural.

Como ejemplo del tercer supuesto se refiere a la falta de correlación existente entre los sistemas patrimoniales del matrimonio y los derechos hereditarios del cónyuge. En los casos de comunidad, la cuota hereditaria, o es reducida o no existe, mientras que suele ser apreciable en caso de separación de bienes. Si dos cónyuges, que han contraído bajo el régimen de separación, cambian de nacionalidad adquiriendo la de un Estado que sigue el régimen de comunidad y no concede cuota hereditaria alguna al cónyuge supérstite, sucederá que éste no tendrá derecho a participación alguna en el patrimonio matrimonial, por regirse por la ley del matrimonio, ni en la sucesión, regulada por la ley nacional del *de cuius* en el momento de su muerte. Para evitar un resultado injusto el juez tendrá que tener en cuenta no sólo las disposiciones sucesorias de la ley de los cónyuges en el momento de la muerte de uno de ellos, sino el régimen de las relaciones patrimoniales. El supérstite, al no tener derechos sucesorios, debe ser participe del patrimonio matrimonial, aplicando la ley del régimen matrimonial local.

tratando de armonizar las normas de conflicto, es decir, que se trata de una tendencia basada en el carácter conflictual del Derecho internacional privado¹¹¹.

La doctrina alemana designó esta cuestión con las expresiones *angleichung* y *ampassung*, que para los franceses es un problema de *adaptation* y, para los italianos, de *adattamento* o de *adeguazione*, mientras que los escritores de lengua inglesa se refieren al *adjustement*. Por fin, entre los autores de lengua española la expresión utilizada es la de *adaptación*, aunque, con carácter menos específico, se emplee a veces la de *coordinación*.

El primer intento de sistematizar este problema se debe a LEWALD quien, inspirándose en ZITELMANN, distingue tres supuestos de adaptación: la transposición, la sustitución y la adaptación propia¹¹².

La *transposición* surge, especialmente, en los conflictos móviles, en los que una relación jurídica creada bajo una ley se presenta sujeta a una ley nueva. Cuando el primitivo estatuto personal del padre le ha privado del derecho de representar a su hijo, la adquisición de la nacionalidad alemana le permitía recuperar ese derecho de representación, puesto que el derecho alemán no conoce la privación del mismo.

La *sustitución* se origina cuando alguno de los elementos considerado aplicable por la regla de derecho ha tenido lugar bajo la autoridad de una legislación extranjera. Tal es el supuesto del derecho sucesoral del hijo adoptivo cuando la adopción se ha realizado bajo una ley extranjera.

En la *adaptación* propiamente dicha se trata de la aplicación simultánea de dos leyes diferentes que, al responder a concepciones jurídicas diversas, conducen a un resultado poco satisfactorio. Como hipótesis clásica mencionamos el caso del matrimonio suizo, contraído bajo el régimen de separación y que, después de naturalizado en Suecia, fallece el marido. Tanto por la ley del matrimonio (suiza) como por la de la sucesión (sueca), la viuda carece de derechos sucesorales. En el supuesto

111. Cfr. AGUILAR, *Derecho internacional privado*, vol. I, t. II, parte 2.ª, Madrid, 1975, p. 256.

Con relación a este problema ha aludido el profesor WENGLER, gráficamente, al propósito de montar una bicicleta con piezas procedentes de diferentes fábricas. Y en análogo sentido el profesor REMIRO se refiere al *despiece* de la relación, que es capaz de originar el *despedazamiento* de la regulación, creando un complicado puzzle que debe conjuntar el juez (en *Temis*, Zaragoza 1973-74, p. 612).

112. Cfr. LEWALD, *Règles générales des conflits de lois*, en «R. des C.», t. 69.

inverso: matrimonio sueco naturalizado en Suiza, tendrá la viuda participación en la comunidad matrimonial y el derecho sucesoral que la ley suiza reconoce al cónyuge superviviente¹¹³.

Estudios posteriores, que se han basado en la clasificación de LEWALD, han llevado a su simplificación, asimilando los problemas de la transposición al de la sustitución, ya que en ambos se trata de cuestiones referentes a la significación de los elementos que constituyen la condición de aplicación de la norma que corresponde. En los dos supuestos se pregunta si un concepto del derecho interno puede recibir una interpretación capaz de comprender una institución extranjera¹¹⁴.

La noción de *equivalencia* como criterio de determinación de los límites del procedimiento de la sustitución fue aportada por VISCHER¹¹⁵. Por él se permite la sustitución de la institución prevista por la regla material aplicable por la institución extranjera, si aquélla presenta con esta última una equivalencia suficiente.

Para von HECKE, la adaptación propiamente dicha es el problema de la modificación aportada a, por lo menos una, de las leyes llamadas a ser aplicadas para evitar que la aplicación simultánea de reglas pertenecientes a órdenes jurídicos diferentes conduzca a resultados poco deseables¹¹⁶. Este autor hace una distinción entre la contradicción lógica o antinomia (*Seinswiderspruch*), de un lado, y el resultado inadecuado (*Sollenswiderspruch*), de otro¹¹⁷.

Los autores, ante los problemas planteados por la concurrencia en una misma relación de varias reglas de conflicto —concurrencia producto del método analítico puesto en práctica por el juez— han adoptado criterios diversos, que BATIFFOL clasifica según que se propongan actuar sobre las reglas de conflicto (ordenándolas, interpretándolas, o modificándolas), o que orienten su acción sobre las reglas del derecho interno¹¹⁸.

De entre los métodos propuestos, *Kegel opta por la modifi-*

113. Vid. WOLFF, *Internationales Privatrecht*, 3.^a ed., Berlín, p. 40.

114. Cfr., entre otros, los estudios de CANSACHI, en «R. des C.», t. 83; VISCHER, *Die rechtsvergleichenden Tatbestände im internationalen Privatrecht*, Basel, 1953; OFFERHAUS, *Aampassing in het internationalen Privatrecht*, Amsterdam, 1963.

115. Vid. VISCHER, loc. cit., p. 32.

116. Vid. VAN HECKE, *Principes et méthodes de solution des conflits de lois*, en «R. des C.», t. 126, p. 509.

117. Cfr. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 2.^a ed., Munchen-Berlin, 1964, p. 107.

118. Vid. KEGEL, *The Crisis of Conflict of Laws*, en «R. des C.», t. 112, p. 246.

cación de las reglas de colisión, de preferencia a la alteración del derecho material aplicable¹¹⁹.

Sin llegar a poner en tela de juicio el método conflictual se han ofrecido remedios para eliminar las enojosas concurrencias de leyes que resultan inconciliables. Como ya advertimos, una fórmula consistiría en *dar preferencia a una de ellas*, prescindiendo de sus antagónicas. Esto requiere prever todos los conflictos posibles a fin de formar un *catálogo* de tales preferencias, lo cual es, prácticamente, imposible. Evidentemente, no parece fácil legislar sobre cuestiones tan particulares. No obstante, esta fórmula es la seguida por KEGEL, en condiciones que a BATIFFOL le parece que exigen mucho del juez, por lo que, en su opinión, no podrían ser adoptados sin intervención del legislador¹²⁰.

La misma idea sirve a NEUHAUS al proponer una *jerarquía de las normas* cuando la aplicación de dos o más reglas concurrentes nos depara resultados contradictorios. Esto, exige dar *preferencia a aquella que establece un vínculo más fuerte*. De este modo, establece una *jerarquía* entre las normas de conflicto, pero no las modifica en su contenido. La dificultad está, de nuevo, en establecer de antemano la referida jerarquía a fin de que, en cada supuesto pueda ser aplicada por el juez¹²¹.

Otra tendencia se apoya en la *interpretación de los derechos materiales* concurrentes por la aplicación de las reglas conflictuales. De esa interpretación hace uso KEGEL en su ejemplo del hijo de padre alemán y madre polaca que, según la ley nacional de la madre está sometido a la potestad concurrente de sus progenitores. Pero, la ley alemana que debe aplicarse, según la regla de conflicto, a las relaciones paterno-filiales no reconoce al padre ningún derecho. La interpretación del derecho interno polaco permite concluir que la madre es única ejerciente de la potestad sobre el hijo cuando el padre ha muerto o no puede ejercer su autoridad. Entonces, es posible pensar que esa concepción de la institución para el derecho interno puede ser «adaptada» para aplicarse a situaciones con características internacionales¹²².

Dentro de este grupo que busca la solución de los supuestos

119. Cfr. BATIFFOL, *Réflexions sur la coordination des systèmes nationaux*, en «R. des C.», t. 120, p. 176.

120. Cfr. BATIFFOL, loc. cit., p. 179. Vid. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 107.

121. Vid. NEUHAUS, *Grundbegriffe des internationalen Privatrecht*, 1962, p. 252.

122. Vid. KEGEL, *Internationales Privatrecht*, cit., p. 112.

inadaptables en la interpretación de los derechos internos concurrentes, tenemos que referirnos a la concepción, ya mencionada, de las nociones *equivalentes*, basada en que, a pesar de diferencias importantes en la concepción de una institución por las leyes materiales concurrentes, puede existir en ambas un contenido común bastante para poder considerar equivalentes en el campo de los conflictos de leyes ¹²³.

El profesor VALLADÃO en su afamado «Direito internacional privado» (ed. 1970, p. 481) menciona el caso de una *ruptura matrimonial por mutuo consentimiento entre un japonés y una brasileña*. Mientras que el derecho japonés sólo admite el divorcio, el de Brasil sólo aceptaba la separación. En el caso citado el Tribunal Supremo de Justicia de São Paulo resolvió que si el derecho japonés acepta el divorcio, que es lo más, debe admitir, también, la separación, que es lo menos.

En otro caso, de pretensión de separación entre español y brasileña, el juez de São Paulo argumentó que en la expresión «injuria grave», causa de separación en el derecho español, debe comprenderse el abandono, motivo establecido por el derecho brasileño.

Para VALLADÃO se trata de una aproximación entre las dos leyes, una reducción a un común denominador, mediante una interpretación *amplificadora* de la ley extranjera. También registra la existencia de una interpretación *restrictiva* de la ley extranjera en los casos en que el divorcio obtenido en otro país es equiparado en Brasil, apenas para efectos patrimoniales, a las sentencias de separación. Para él, se trata de conseguir los mejores resultados en beneficio de la justicia, de la equidad.

En la doctrina, el problema de la adaptación ha dado lugar a posiciones muy variadas, ya que algunos autores, colocados en el sistema conflictual, pretenden desconocer esa situación, alegando que es, en cualquier caso, un problema ajeno al Derecho internacional privado, ya que a éste —dado su carácter formalista—, lo único que le compete es señalar la ley aplicable y, una vez realizada esa labor, concluye su actuación. Lo que implica desentenderse de la justicia del resultado alcanzado. Con esto quieren decir que si el problema de obtener un resultado justo, coherente, se plantea, es extraño al Derecho internacional privado y debe ser resuelto por un derecho material,

123. El profesor RAAPE ha considerado el derecho hereditario del adoptado regido por la ley alemana pero que, según la ley inglesa, aplicable a la adopción, era desconocido (antes de 1950) (Vid. *Internationales Privatrecht*, 4.^a ed., p. 101).

no conflictual, interno o internacional (convencional). En síntesis, consideran estos autores que la cuestión de la adaptación se presenta cuando el funcionamiento de las reglas conflictuales ha concluido, al ser asimiladas las normas materiales extranjeras al derecho material del orden jurídico del juez. El resultado es la consideración de este problema como situado fuera de la competencia del Derecho internacional privado¹²⁴.

Se ha rechazado esta postura señalando que el fenómeno de la adaptación es, esencialmente, un producto de la aplicación de las normas de conflicto, función primordial del Derecho internacional privado, en cuyo campo de acción están comprendidos todos los problemas referentes a la aplicación de las leyes extranjeras.

Por ello entendemos que, aunque nos cause pesadumbre, por tratarse de un problema complicado, de difícil sistematización —por ser arriesgado el propósito de determinar en abstracto las innumerables hipótesis de adaptación—, con la consecuencia de la imposibilidad práctica de sentar normas suficientemente generales y capaces de resolver esos supuestos, no podemos excluir de nuestro estudio el problema de la adaptación.

Si resulta inaccesible, prácticamente, la clasificación de todos los supuestos de concurrencia de leyes con incompatibilidades, o de difícil conciliación, que hacen imposible una solución jurídica y, tampoco podemos aspirar al establecimiento de reglas capaces de orientar al juez para su resolución, no podemos, sin embargo, desentendernos del problema, prosiguiendo sin desmayo en el propósito de suministrar al juez esos principios capaces de ponerle en condiciones de llevar a cabo esa labor de coordinación que, si como afirmó CANSACHI, tiene mayores obstáculos en los sistemas conflictuales con normas rígidas, como el italiano, tiene en cambio grandes posibilidades para los jueces anglosajones, dotados de un amplio arbitrio, en general y, especialmente, ante los *law of conflicts*.

20. *Exclusión de cuestiones conexas.*

La aplicación de la ley extranjera es el punto de partida de otros importantes problemas de Derecho internacional privado, tales como el reenvío, el llamado «interés nacional», el fraude de ley, y el orden público, ya que en todas estas cuestiones

124. Vid. CANSACHI, loc. cit., p. 116.

se trata de la aplicación de una ley extranjera determinada por las reglas de conflicto vigentes y, por las razones específicas de cada uno de esos supuestos, se origina una alteración en el cumplimiento por el juez de dicha regla. En todos estos casos se produce lo que MAURY calificó como *evicción de la ley extranjera competente*, que es dejada de aplicar, sustituyéndola, casi siempre, por la ley material propia¹²⁵.

Dicho de otra manera: el juego del reenvío, del interés nacional, del fraude de ley, o del orden público, conduce normalmente a la «no aplicación del derecho extranjero».

Por eso y ante la necesidad de reducir el campo de este estudio, consagrado por definición a la «aplicación» del derecho extranjero, nos consideramos justificados para prescindir de su examen en esta ocasión.

Ciertamente, si el reenvío es rechazado nos encontramos en el supuesto de aplicación de la *lex causae* extranjera. Pero, si es aceptado, tendremos que aplicar la *lex fori*, si se trata de reenvío de primer grado, o de retorno. O la norma de un tercer Estado, en el caso de reenvío de segundo grado. En el primero de estos supuestos no hay aplicación de la ley material extranjera, puesto que es excluida y sustituida por la ley material del juez. Y en el reenvío *indietro*, la ley del tercer Estado plantea la normal problemática de la aplicación de la ley extranjera.

Aceptado el reenvío, el juez del foro lo que hace es aplicar, en un primer paso, la norma conflictual extranjera, que le conduce al propio derecho material, o al derecho de un tercer Estado. En cualquier caso, la norma conflictual aplicada —en cumplimiento de la regla conflictual propia—, es extranjera, por lo que respecto a ella se produce la casuística que hemos recogido respecto a alegación, prueba, control de casación, etc.

Y muy parecida es la situación en los casos de orden público, fraude de ley, o de interés nacional. En estos casos la ley extranjera dejará de aplicarse siendo sustituida, frecuentemente, por la regulación establecida en la ley material del juez. Aunque no siempre, ya que el orden público se limita, en ocasiones, a no aplicar la *lex causae*¹²⁶.

125. Vid. MAURY, *L'éviction de la loi normalement compétente L'ordre: public international et la fraude à la loi*, Valladolid, 1952.

126. Por ejemplo, cuando un extranjero solicite el divorcio de un juez español, conforme autoriza la ley nacional del extranjero. El juez se limitará a no aplicar la ley normalmente competente (artículo 9.1 del Código Civil), la nacional del extranjero, por ser contraria su aplicación a uno de los principios fundamentales del orden público en nuestro país (artículo 12.3).

NOTAS

