



La Concepción Normológica del Derecho Internacional Privado

POR EL

Dr. Werner Goldschmidt

Profesor de Derecho Internacional Privado del Instituto de Estudios Internacionales y Económicos de Madrid

(Trabajo dedicado al Dr. V. N. Romero del Prado, profesor titular de Der. Int. Privado en nuestra Facultad de Derecho por cuyo pedido se publica en esta Revista).

I. En 1931 publicó el profesor *Ernesto Rabel* de la Universidad de Berlín un artículo en la *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* (p. 241ss.; v. también "Le problème de la qualification" en *Revue Darras*, t. 28, 1933, p. 1 ss.), que abordaba el problema de las calificaciones. Rabel parte en dicho artículo de la estructura de la norma de colisión. En 1933 dió a la luz el profesor *Federico de Castro* de la Universidad de Madrid un artículo en la *Revista de Derecho Privado* (p. 217 ss.), que también versa sobre el problema de las calificaciones y en el cual Castro sigue a Rabel en cuanto al punto de partida sistemático. Otro trabajo de Castro ("La relación jurídica" en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1933, pp. 453-491) desarrolla el mismo punto de vista. En 1935 publicó el autor del presente artículo, dos libros, que también representan un intento de desarrollar un sistema formal del Derecho Internacional Privado (D. I. P.). He aquí los títulos: 1) *La consecuencia jurídica de la norma del D. I. P.* (Bosch, Barcelona, 1935) y 2) *La norma de colisión como base de la Sistemática del D. I. P.*, cursillo dado en la Federación de Asociaciones Españolas de Estudios Internacionales en los meses de Enero, Febrero y Marzo de 1935, Tirada aparte del segundo tomo de

los cursillos de la Federación en 1935, (Madrid, 1935) (1). Al fin, hemos de citar las reseñas bibliográficas del Doctor *Ernesto Mezger* en la *Nouvelle Revue de Droit International Privé* (1935, t. II, p. 157 - 160 y p. 466 ss. sobre los dos citados libros del autor.

II. En el D. I. P. es la tarea principal la de encontrar y de establecer las normas en cuanto a su contenido. Esta tarea ha agotado casi todas las fuerzas de los tratadistas. Sin embargo queda en pie además de esta tarea principal otra tarea científicamente de gran importancia: *la formación de un sistema formal del D. I. P.* No es del caso de esclarecer las relaciones estrechas y difíciles entre la forma y el contenido de una rama científica. Basta la comprobación de la existencia de estas relaciones.

III. *La norma de colisión como cada norma jurídica consta de un tipo legal y de una consecuencia jurídica. El tipo legal abraza un conjunto de cuestiones, p. ej. "en cuanto a sucesiones" o "en cuanto a muebles" o "en cuanto a la tutela", etc. La consecuencia jurídica nos indica el orden jurídico que ha de regular este conjunto de cuestiones.* Esta indicación se realiza mediante de los así llamados puntos de conexión. Así p. ej. es aplicable el derecho nacional del difunto o la *lex rei sitae* o el derecho nacional del pupilo, etc.

1) El primer problema que se plantea es la cuestión de saber: *¿en el sentido de cuál orden jurídico ha de interpretarse la norma de colisión (problema de las calificaciones)?* Este problema se plantea respecto a cada norma jurídica. Pero las más de las veces no cabe duda que el orden jurídico indígena representa la instancia competente para la interpretación. Esta situación sencilla se da también en la mayoría de los casos respecto a las normas de colisión. Cuando p. ej. en Francia dos franceses contraen matrimonio, y se entabla demanda ante un tribunal francés, ha de aplicarse una norma de colisión que indica el derecho francés como orden jurídico aplicable. No cabe duda que esta norma de colisión ha de interpretarse en virtud del orden jurídico francés. No se

(1) Los ejemplares de dicha monografía dedicados a la venta se intitulan "Problemas principales del Derecho Internacional Privado".

plantean problemas antes de que la aplicación de un derecho extranjero está en juego. Por eso han de distinguirse dentro de las normas de colisión las normas ciertas y las normas problemáticas. Sólo la norma problemática forma el objeto de la ciencia teórica del D. I. P. Así se plantea el problema de las calificaciones siempre cuando la aplicación de un derecho extranjero está en juego. Bien es verdad, que esta situación en sentido estricto sólo puede darse respecto a normas de colisión. Pero situaciones científicamente semejantes se ofrecen también respecto a normas directas (Sachnormen). Supongamos p. ej. que un español menor emancipado adquiere acciones del Banco de Francia. Si el bien es mueble podrá enajenarlo por sí mismo; si es inmueble necesitará el consentimiento de sus representantes legales. Puesto que esta norma directa tiene cierta relación con un orden jurídico extranjero, se plantea respecto a ella el problema de las calificaciones en un sentido amplio. ¿Hemos de interpretar “bien mueble” y “bien inmueble” en virtud del orden jurídico francés o español? En resumidas cuentas: *el problema de las calificaciones se plantea siempre cuando la aplicación de un derecho extranjero está en juego, tanto respecto a normas indirectas (Kollisionsnormen) como respecto a normas directas.* Después de haber investigado los yacimientos del problema de calificaciones hemos de comprobar su radio de acción. *El problema se refiere tanto al tipo legal (¿cómo hemos de interpretar “derecho procesal”?) como a la consecuencia jurídica. En cuanto a la consecuencia jurídica se refiere tanto a los puntos de conexión (¿cómo hemos de interpretar “lugar de contratación”?) como a la indicación del derecho extranjero.* P. ej. el juez inglés ha de aplicar el Derecho italiano, porque el difunto tenía su domicilio en Italia; según la concepción inglesa, está referido el Derecho italiano entero; según la concepción italiana sólo están referidas las normas directas italianas (2). La concepción

(2) En la “Consecuencia jurídica...”, núm. 5 y 6 había incluido el problema de calificaciones en el tipo legal de la norma de colisión. Mezger (l. c., p. 159s.), en cambio, entiende que dicho problema pertenece a la consecuencia jurídica. Entretanto (v. las Conferencias p. 23) he cambiado de parecer y prefiero el problema de las calificaciones a la norma de colisión entera.

normológica del D. I. P. se encuentra seguidamente con la tarea de considerar normológicamente las teorías establecidas en torno de las calificaciones (la teoría de la *lex fori*; la teoría de la *lex causae*). Ha de rechazar cada una respecto a ciertos casos. La teoría de la *lex fori* fracasa en el supuesto de que se haga valer un precepto desconocido en la *lex fori* (p. ej.) prohibición de la donación entre cónyuges y hace dependientes además las normas de colisión de las normas procesales sobre la competencia de los Tribunales. La teoría de la *lex causae* fracasa en todos los casos, en los que se plantean a la vez problemas de calificaciones y de reenvío, lo que p. ej. ocurre en el caso célebre de las letras de cambio de Tennessee y de su prescripción. La razón es la siguiente: la teoría de la *lex causae* pregunta a cada uno de los órdenes jurídicos en juego cómo quieren ser interpretados o lo que es igual si quieren ser aplicados. Ahora bien; si se da además del problema de calificaciones un problema de reenvío los dos órdenes jurídicos en juego rechazan su aplicación, de donde resulta que ninguno de los dos es aplicable de suerte que p. ej. a las letras de cambio no es aplicable ningún precepto referente a la prescripción, aun cuando según los dos derechos en cuestión las letras de cambio hayan prescripto. El motivo del fracaso parcial de las dos teorías es: se desconoce forzosamente el derecho aplicable y por eso no se puede establecer en abstracto una teoría que resuelve las dudas. Hay que investigar cada caso individualmente.

2) La consecuencia jurídica de la norma del D. I. P. indica o el orden jurídico patrio o un orden jurídico extranjero. En este último caso se plantea el siguiente problema: *¿qué ha de entenderse por orden jurídico extranjero?* Se ofrecen dos posibilidades: o representa “orden jurídico extranjero” efectivamente el ordenamiento jurídico extranjero, bien indicándolo en su calidad de ser extranjero bien convirtiéndolo en derecho indígena, u “orden jurídico extranjero” significa el uso jurídico extranjero, o sea la sentencia probable del juez extranjero en el caso dado concreto. Este problema es el así llamado *problema de la aplicación del derecho extranjero*. Se plantea sólo en el caso en que ha de aplicarse derecho extranjero, o sea en el caso de una norma independiente

de colisión, mientras que las normas dependientes invocan el derecho indígena. La norma independiente cae bajo el concepto de la norma problemática, el cual tiene un radio de acción más amplio. No es del caso de resolver aquí el problema de la aplicación del derecho extranjero (3). Mezger (l. c., p. 160) mantiene con razón que la teoría del uso jurídico, establecida por el autor en el libro sobre "La consecuencia jurídica...", es en cierto modo independiente de la concepción normológica del D. I. P. Si se sostiene la teoría jurídica, entendiéndola en otras palabras que se ha de aplicar verdaderamente el derecho extranjero en tanto derecho, se llega a otro problema.

3) Este tercer problema que también solo se plantea en el caso de una norma independiente o de norma problemática (para elegir el concepto más amplio) es el célebre *problema del reenvío*. Las tres teorías que abordan este problema se caracterizan del modo siguiente: La primera puede denominársela "teoría de la referencia máxima"; entiende que la consecuencia jurídica de la norma del D. I. P. se refiere al derecho extranjero entero, tanto a sus normas directas como a sus normas indirectas. La segunda teoría se denomina correspondientemente "teoría de la referencia media"; mantiene que la consecuencia jurídica se refiere a las normas directas extranjeras y a sus normas indirectas dependientes, es decir a aquellas, que hacen referencia al derecho interno. La última teoría lleva el título "teoría de la referencia mínima" y sostiene que la consecuencia jurídica se refiere meramente a las

(3) Mezger (l. c., p. 159) objeta que la teoría del uso jurídico nos lleva a una separación de las normas indirectas según indican como aplicable el derecho indígena o el derecho extranjero en su forma del uso jurídico extranjero. Eso es exacto. Pero como creemos haber demostrado en nuestras Conferencias todos los problemas de la parte general del D. I. P. se plantean solo y exclusivamente frente a la norma indirecta problemática, a saber frente a una norma, que abarca todos los casos en que (por lo menos) las normas directas de un ordenamiento jurídico extranjero están en cuestión. En otras palabras: las normas ciertas y las normas problemáticas indirectas se diferencian fundamentalmente. La ciencia de los problemas teóricos solo ha de ocuparse de la norma problemática. Por eso me parece una bifurcación de las normas indirectas y de sus concepciones teóricas inevitable y conforme con la situación científica.

normas directas extranjeras. La resolución del problema del reenvío no es tarea de la concepción normológica, dejando aparte el particular de que la teoría del uso jurídico no nos lleva a este problema.

4) Un cuarto problema nos ofrecen los puntos de conexión en relación al concepto del tiempo. Bienes muebles se rigen por la *lex rei sitae*. *¿De qué manera ha de fijarse temporalmente la lex rei sitae?* Se denomina este problema corrientemente el *problema del cambio de estatutos*.

5) Después de haber hecho pasar revista a los problemas que ofrece la interpretación de la norma de colisión en general y que ofrece la consecuencia jurídica tanto en su parte indicativa como respecto a los puntos de conexión, hemos de fijarnos en el concepto de la característica negativa de una norma. El derecho penal aplica este concepto p. ej. a la legítima defensa. Quiere decir que hay ciertos tipos legales (p. ej. legítima defensa), cuya no existencia es necesaria para la aplicación de otro tipo legal (p. ej. del tipo legal del homicidio). Representa una tal característica negativa del tipo legal el concepto del *Orden Público*, que incluye el del *infraudem legis agere*. Es precisa la no-existencia de la infracción del Orden Público para poder aplicar derecho extranjero, al cual nos ha llevado una norma independiente de colisión.

6) En resumidas cuentas *nos conduce la investigación de la estructura de la norma de colisión primeramente al problema de las calificaciones, después al problema de la aplicación de derecho extranjero y del reenvío, luego al problema del cambio de estatutos y al fin al problema del Orden Público*. Todos estos problemas son problemas típicamente del D. I. P. Las calificaciones y el cambio de los estatutos presuponen que la aplicación de un derecho extranjero está en juego; la aplicación del derecho extranjero, el reenvío y el Orden Público presuponen la aplicación de un derecho extranjero.

IV. La concepción normológica que nos ha ofrecido una sistemática de la parte general del D. I. P., nos ofrecerá también p. ej. una sistemática del *D. I. Procesal*. El D. I. Procesal consta

de tres partes completamente distintas: 1) de *D. I. Público* (los preceptos sobre la competencia judicial en relación con la extraterritorialidad; además los preceptos sobre la asistencia mútua de los Tribunales en la esfera internacional); 2) de *Derecho de colisión* (preceptos referentes al derecho aplicable a la capacidad para ser parte en un pleito, a la capacidad procesal, a las formas del procedimiento, a los medios de prueba, etc.); y un 3) de *Derecho procesal* (normas sobre la competencia, sobre el beneficio de pobreza respecto a extranjeros, sobre la cautio judicatum solvi, etc.). Los problemas que se plantean frente a estos tres grupos de normas son completamente diferentes y son los problemas típicos de las ramas jurídicas correspondientes. P. ej. se plantean los problemas del D. I. Privado solo respecto al grupo segundo.

V. De esta construcción del D. I. P. pueden desprenderse fácilmente las diferenciaciones entre el D. I. P. y otras disciplinas.

1) Se distingue la norma indirecta de D. I. P. de la norma indirecta de *D. I. Penal*, porque todas las normas indirectas del D. I. Penal representan normas indirectas dependientes, es decir, que la consecuencia jurídica siempre conduce a la aplicación del Derecho indígena. Eso no quiere decir que el juez penal nunca tenga que aplicar Derecho penal extranjero, sino que nunca se resuelve el caso según Derecho penal extranjero. No obstante puede ser que la punibilidad de un hecho, según Derecho penal extranjero represente un supuesto para la aplicación del Derecho penal indígena. En otras palabras: puede ser que el Derecho penal extranjero surja en el tipo legal. Piénsese, p. ej., en el artículo 341 Ley Orgánica del Poder Judicial española: "No podrá procederse criminalmente... cuando el hecho de que se trate no sea delito en el país en que se perpetró aunque lo sea según las leyes de España". Bien es verdad que respecto a los raros casos en que el Derecho penal extranjero ha de aplicarse como condición de la perseguibilidad, se plantean los mismos problemas del D. I. P., por la sencilla razón de que estos problemas no tienen nada que ver con la rama jurídica, sino solamente con el hecho de que ha de aplicarse Derecho extranjero.

2) La norma del *Derecho Público*, sea del Derecho Público interno, sea del Derecho Público Internacional, es una norma directa, que se destaca por su tipo legal, en que surge bien el Estado propio como tal Estado, bien un Estado extranjero.

3) La norma del *Derecho interregional e intertemporal* coincide con la norma de D. I. P. en su tipo legal, pero se diferencia por su consecuencia jurídica. Porque las normas indirectas independientes de D. I. P. indican el *estado jurídico* extranjero, mientras que, en cambio, las normas interregionales e intertemporales independientes indican el *Derecho* de la otra región o el Derecho anterior. Mezger (l. c., p. 159) objeta que esta concepción distingue materias "presque pareilles". De hecho, coinciden D. I. P. y el Derecho Interregional e Intertemporal en sus tipos legales. Pero puesto que no son iguales por completo (*presque pareilles*), hemos de buscar la "differentia specifica". Y efectivamente no se plantean en el Derecho Interregional e Intertemporal los problemas relacionados con la consecuencia jurídica en este aspecto. El juez aragonés tiene el derecho de libre interpretación del derecho catalán (un derecho, que bien es verdad Mezger confiere al juez también en el D. I. P.). El juez alemán puede interpretar después de 1900, libremente las leyes anteriores a 1900, en cuanto aún están en vigor. El juez tiene que conocer las leyes, tiene que aplicarlas de oficio. En el caso de infracción de ley, tiene lugar el recurso de casación, que naturalmente puede ser limitado legalmente por otros puntos de vista.
