

**265.** En América prevalece la máxima de que debe probarse la ley extranjera ante el Jurado como cualquier otra cuestión de hecho. Así lo consignó y sostuvo el Tribunal Supremo de Massachusset en 1868, y el de Nueva Hampshir (1).

**266.** Esta misma teoría parece que se quiere admitir también en Italia, á juzgar por la máxima proclamada por el Tribunal de casación de Turín en la causa Mosca contra Ripa. «La ley extranjera, dice el mencionado Tribunal, no puede considerarse entre nosotros sino como un simple documento, que por acaso puede apoyar el deseo de las partes, y sería indispensable, por tanto, la presentación del Código civil de la Luisiana para que este Supremo Tribunal pudiera estatuir si los jueces que han entendido en el fondo la han interpretado ó aplicado bien ó mal» (2).

Según esto, la falta de esta presentación es por sí sola un obstáculo para que pueda tomarse en consideración la violación de que se trataba.

**267.** Procurando resolver la cuestión en el terreno de los principios jurídicos, parece que no puede admitirse que deba considerarse la ley extranjera como un hecho que el juez deba tener en cuenta cuando se alega é invoca por la parte interesada, y que incumbe á ésta la obligación de probarlo y al juez la de aplicar la ley extranjera, según se haya presentado y probado. Esto debe admitirse sin duda alguna en el sistema sancionado por el legislador italiano, porque habiendo impuesto á nuestros tribunales la obligación de decidir, con arreglo á la ley nacional, las cuestiones relativas al estado de las personas y á las relaciones de familia, y de aplicar la ley extranjera en los demás casos consignados en los artículos 6.º al 9.º de las disposiciones generales, ha hecho obligatorio para los mismos el aplicar en estos casos la ley extranjera. Por consiguiente, siendo el derecho ex-

(1) Wharton, *Conflict of Laws*. § 771; Story, *Conflict of Laws*, §§ 37 y 38 y sus notas respectivas.

(2) Casación de Turín, 23 de Abril de 1884. *La giurisprudenza*, año 1884, p. 471.

tranjero el que debe presidir las decisiones del juez italiano, es indispensable admitir (sosteniendo también que éste no está obligado á conocerlo) que debe procurarse de oficio su conocimiento.

**268.** No puede sostenerse por cierto enfrente á la legislación italiana, que la ley extranjera pueda considerarse como un hecho, un alegato, un documento que deba presentarse por las partes interesadas, y que deba tener en cuenta el juez en cuanto se haya establecido mediante la presentación y las pruebas dadas, como dice la citada sentencia. No: la teoría de nuestro Tribunal no es absolutamente justificable, porque siendo la ley extranjera el derecho á que debe ajustarse para decidir el juez italiano, no puede limitarse la misión de éste á juzgar según lo alegado y probado, sino que debe considerarse obligado á proporcionarse de oficio todos los medios necesarios para adquirir el conocimiento exacto y seguro del derecho extranjero, sirviéndose para tal objeto de todos los medios, incluso el de imponer á las partes la obligación de proporcionarle los indispensables para el objeto.

Por lo demás, opinamos que debe hacerse lo mismo según los principios del Derecho internacional, puesto que habiendo demostrado que con arreglo á estos principios es como debe el juez aplicar la ley, á la cual están sujetas, según la naturaleza de las cosas, las relaciones jurídicas controvertidas, no puede por menos de admitirse que deba procurarse de oficio el exacto conocimiento de la ley extranjera, cuando éste sea el derecho á que la decisión deba ajustarse. Esta es la opinión de muchos reputados escritores contemporáneos (1).

Surge, además, la grave dificultad de los modos oportunos para adquirir el conocimiento exacto y seguro del derecho extranjero. El juez no puede fundar su decisión en una ley que él cree probablemente conocer, sino que debe fundarla en la ley conocida por él con exactitud y seguridad hasta donde esto sea posible. ¿A qué se reduciría la autoridad de los fallos si se pro-

(1) Laurent, *Droit civ. int.*, tomo II, §§ 262 y sig; Bar, *Das intern. privat und Strafrecht*, § 32; Asser, *Droit intern. privé*, § 11.

nunciasen aplicando leyes diversas de aquellas que deberían aplicarse?

Otra gran dificultad surge en la práctica para adquirir el exacto y seguro conocimiento del derecho extranjero.

**269.** Ensalza Laurent el deseo formulado por un eminente juriconsulto americano, por Story, pretendiendo que se remita oficialmente por cada Gobierno á los Gobiernos extranjeros la colección oficial de las leyes (1).

Sería muy útil si así se practicase; ocurriría, sin embargo, hacer ante todo una traducción exacta de las leyes, que no sería buena si la hacían personas que, aun conociendo suficientemente la lengua, desconociesen el valor técnico de las palabras, y podrían falsear inconscientemente la significación jurídica de una disposición. Debe, además, tenerse en cuenta que con la manía legislativa de los parlamentos, formarían las leyes de todos los países civilizados una colección tan enorme que sería muy difícil formar una idea exacta del derecho extranjero. No basta la vida de un hombre para adquirir siquiera el conocimiento exacto del derecho nacional. En Inglaterra limitanse los juriconsultos á estudiar una de las ramas de su legislación, y ni aun pretenden poseer por completo la parte por ellos estudiada.

No debemos ocultar que en el actual estado de cosas existe una deplorable laguna en la aplicación de los principios del Derecho internacional privado, y siendo frecuentes los casos

es el derecho aplicable al hecho controvertido. Esto conduciría á desnaturalizar el organismo del Poder judicial, que ha sido ins-

(1) *Obra citada*, § 272. De conformidad con este deseo se reunió la Conferencia de Bruselas en Agosto de 1880 para regular el cambio de las publicaciones oficiales entre varios Gobiernos; pero el proyecto sólo fué aprobado por algunos. En la segunda conferencia reunida en 1883 se discutieron y compilaron dos proyectos de convenio: uno relativo al cambio internacional de los documentos oficiales y las publicaciones científicas; el otro para el cambio de los documentos parlamentarios. Estas convenciones fueron suscritas por los Estados que concurrieron á Bruselas el 15 de Marzo de 1886. El italiano concluyó varios acuerdos con los Gobiernos de los demás Estados para el cambio de las respectivas publicaciones oficiales. Véase *Raccolta dei trattati*, tomo X, página 845.

en que los Tribunales están obligados á aplicar las leyes extranjeras, los mismos legisladores que les imponen esta obligación (como ha sucedido entre nosotros) no han acordado nada acerca del modo de conocer exactamente el derecho extranjero.

**270.** Cuando tratamos de este mismo asunto en otra obra, hemos creído más oportuno proponer como expediente más eficaz el de hacer obligatorio, mediante tratados, entre los Tribunales de los diversos países, dar informes exactos acerca de la ley positiva vigente en el Estado; cuando sean requeridos por un Tribunal que entienda en un litigio que lo requiera, y parece que esto debería confiarse á los Tribunales Supremos por correspondencia directa, sin necesidad de apelar á la vía diplomática (1); pero juzgamos que, aun cuando no existan tratados, lo mejor que puede hacerse por parte del tribunal que entienda en un asunto litigioso, cuando con todos los medios de que puede disponer no llegue á adquirir conocimiento exacto del derecho extranjero, será dirigir una requisitoria al Tribunal extranjero pidiéndole informes acerca de la regla de derecho sobre que exista la duda. Una petición de esta naturaleza estaría siempre justificada por el principio de la *comitas gentium*, y por la mutua asistencia de todos los Estados civilizados, respecto de la recta administración de justicia.

No queremos decir con esto que el Tribunal pueda dirigirse al Tribunal Supremo extranjero pidiendo que éste declare cuál es el derecho aplicable al hecho controvertido. Esto conduciría á desnaturalizar el organismo del Poder judicial, que ha sido instituido para juzgar y resolver las cuestiones entre los particulares, y no para dar dictámenes respecto de cuestiones jurídicas. Decimos únicamente que podría preguntarse al Tribunal extranjero si estaba ó no vigente una disposición determinada. La aplicación de ésta al asunto controvertido deberá dejarse íntegra al Tribunal que entienda en el litigio.

(1) Véase mi obra *Efectos intern. de las sentencias*, parte 1.<sup>a</sup>, materia civil, § 53. La proposición que yo hacía en este libro fué reproducida por Pierantoni en el *Filangieri*, 1883.

**271.** También puede haber otros medios para conseguir el mismo resultado sin recurrir al propuesto por nosotros, y debe dejarse al prudente arbitrio del Tribunal juzgador el utilizar el que crea más oportuno. Uno de ellos podrá ser el pedir á personas competentes *ratione officii* un dictamen motivado y razonado respecto del derecho aplicable al acto de que se trate. Para obtener una opinión imparcial parece oportuno que el Tribunal juzgador nombrase las personas destinadas á dar el parecer legal *pro veritate*, las cuales no deberán ser menos de tres. Obrando de este modo podrá el Tribunal hallar en las razones debatidas y expuestas por los peritos lo necesario para ilustrarlo.

También los agentes diplomáticos pudieran servir para el caso, y nada obstaría á que el Tribunal se dirigiese á los cónsules residentes en el extranjero, á fin de conocer si una ley determinada estaba ó no vigente en aquel país, y sobre todo, para adquirir el conocimiento del texto y valor jurídico de las leyes y de los usos comerciales. Conviene, sin embargo, tener presente cuando se quiera proceder de este modo, que las informaciones de los cónsules deben considerarse como uno de los medios de instrucción para conocer la ley vigente en el país en que ejercen su cargo, pero no puede considerarse su declaración como prueba auténtica y concluyente del derecho extranjero. Corresponde siempre al magistrado que debe juzgar, el derecho de apreciar libremente con su prudente arbitrio el valor de las informaciones de los cónsules, como de cualquier otro medio instructorio por él ordenado.

**272.** Puede suceder asimismo que los medios instructorios ordenados por el Tribunal para conocer el derecho extranjero y las pruebas del mismo suministradas por las partes interesadas, no sean eficaces para establecerla con certeza. En este caso, no parece que pueda absolverse al demandado como cuando falta en el juicio la prueba de un hecho alegado. El juez que en esta circunstancia no hallase la regla de derecho para resolver el litigio, deberá, sin embargo, dictar sentencia, refiriéndose á los principios generales del derecho. Esta es la regla general respecto de toda cuestión, que no puede decidirse con una determinada disposición de la ley. El juez podrá, en tal caso, referirse á

la que en su propio país regule los casos y materias análogas, buscando en ella los principios generales propios aplicables á la cuestión.

**273.** En lo concerniente á la indebida aplicación de la ley extranjera, no puede admitirse como máxima que en los países en que no es obligatorio (como sucede en Italia), en virtud de una disposición de la ley interior, el aplicar la ley extranjera á que está sujeta la relación jurídica controvertida, puede proceder el recurso de casación por indebida aplicación de la ley extranjera.

En el sistema del Código civil italiano debe admitirse ésta, porque la indebida aplicación del derecho extranjero hecho en el fondo por el Tribunal, implicaría la violación de nuestro derecho, que impone formalmente á aquél el deber de aplicar el derecho extranjero. En los demás países no puede sostenerse la misma máxima, porque no puede proceder la casación sino cuando se haya aplicado indebidamente la ley vigente en el Estado.

El Tribunal de casación francés, en sentencia de 15 de Abril de 1861, se expresa en estos términos: «Instituído el Tribunal de casación para mantener la unidad de la ley francesa y para la uniformidad de la jurisprudencia, no teniendo por misión corregir la falsa aplicación de las leyes extranjeras, á no ser que dé origen á una contravención á las leyes francesas....» (Dalloz, 1861. 1, 420.)

La misma regla ha establecido el Tribunal de casación belga en su sentencia de 11 de Mayo de 1855: «Considerando que las leyes citadas en apoyo del recurso son leyes extranjeras, y que el Tribunal no puede casar las decisiones judiciales por violación de dichas leyes, á no ser que el error acerca del sentido de una ley extranjera dé origen y sea el principio de una violación de la ley belga.»

Creemos además oportuno manifestar que, aun cuando la ley de un país no posea un sistema de reglas de derecho civil internacional codificadas, como sucede en el Código italiano, los Tribunales, que para resolver las cuestiones que por su misma naturaleza y por los principios del Derecho internacional deban ser decididas con arreglo á una ley determinada, hayan aplicado otra

diferente, no podrán considerarse libres de sufrir la censura del Tribunal Supremo, y de ver casadas por infracción de ley las sentencias dictadas por ellos.

No puede, en efecto, desconocerse que las reglas de derecho elaboradas por los jurisperitos tienen por sí mismas una gran autoridad, cuando expresan el derecho correspondiente á las relaciones actuales, y que adquieren tanta más autoridad, cuanto más de acuerdo se halla la opinión de los más reputados jurisperitos para sostenerlas. No pueden, pues, los magistrados, sin violar los principios del derecho y de la justicia, dejar de tener en cuenta el derecho científico cuando falte el positivo; y por consiguiente, cuando aquéllos decidan en contradicción con éste, y la violación sea evidente, puede el Tribunal Supremo y debe hallar el modo de casar la sentencia.

El Tribunal de casación francés ha tomado algunas veces este partido, según ha observado Demangeat (1). En su sentencia de 23 de Febrero de 1864, casó en efecto una sentencia del Tribunal de Marsella, confirmada por el de apelación de Aix, en la que se había decidido que un convenio hecho en país extranjero debía regirse por la ley francesa. El recurrente fundó su recurso en el motivo de que, según los principios constantes y universalmente admitidos, los contratos hechos en el extranjero entre ciudadanos de Estados diversos, deben ser sometidos, tanto respecto de la forma, como del fondo de las obligaciones asumidas por las partes, á la ley vigente en el lugar en donde concluyeron el contrato, y que debe, por tanto, considerarse infringida la ley del contrato, aplicando la francesa á uno celebrado en las posesiones inglesas. El Tribunal de casación consideró bien fundado el recurso y casó la sentencia, aunque aduciendo que había sido violada la ley francesa, que en su art. 1.134 dispone: «que las convenciones legalmente estipuladas tienen fuerza de ley para las partes que las hayan celebrado, y que para decidir si un convenio podía considerarse legalmente concluído y determinar la ley esta-

(1) Véase *Introduction au Journal de Droit international privé*, año I, 1874.

blecida por las partes mediante aquélla, debe referirse á la del lugar en que el mismo se haya celebrado.» Por consiguiente, el Tribunal de casación, considerando violado el art. 1.134 del Código civil francés, casó la sentencia. En el fondo, consiguióse el objeto, pero el Tribunal de casación quiso justificar su resolución apoyándola en la violación de una ley interior.

Siguiendo este camino, puede llegarse á encontrar fácilmente la violación de la ley internacional. En efecto, cuando en la ley escrita falte la regla positiva para decidir una cuestión de Derecho internacional, debiendo el juez decidir refiriéndose á los principios generales del derecho, es claro que siempre resultaría violada dicha disposición general, si debiendo los jueces decidir una cuestión de Derecho civil internacional, y no hallando en la ley de su país una regla para decidirla, no hubiesen aplicado bien los principios del derecho internacional privado, los cuales, en el caso de que se trata, representan los principios generales del derecho.

Para evitar todo error, convendría que los Estados civilizados se pusieran de acuerdo respecto de las reglas concernientes á la aplicación de las leyes extranjeras, y cuando se haya hecho esto, procederá indudablemente el recurso de casación por la indebida aplicación de las leyes extranjeras, designadas para regir las relaciones jurídicas.

(1) Véase *Introduction au Journal de Droit international privé*, año I, 1874.