

diversas para los diferentes pueblos, nada importa que la ley hecha para un pueblo para conseguir un fin adecuado á las propias exigencias histórico-sociales, tenga autoridad respecto de las personas sujetas al imperio del legislador, aun pidiendo éstas su aplicación en un país en el que para regular los intereses privados de los ciudadanos esté en vigor otra ley hecha con un fin diverso respecto de aquéllas.

El legislador italiano dice precisamente así: «No obstante las disposiciones de los artículos precedentes, en ningún caso las leyes, los actos y las sentencias de un país extranjero, ni las disposiciones ó convenciones privadas podrán derogar las leyes prohibitivas del reino concernientes á las personas, los bienes ó los actos».

1.332. Empezamos por reclamar toda la posible atención sobre la palabra *derogar*, y observamos que esta palabra, en su estricto significado jurídico, denota quitar autoridad á la ley que de ella disfruta, ó hacer alguna cosa en todo ó en parte contraria á lo que la ley establece. Se deroga una ley en vigor con otra ley, á la que se da autoridad, siempre que ésta contradiga en todo ó en parte lo que la ley anterior establecía. Se deroga un contrato siempre que se haga alguna cosa que contradiga el pacto obligatorio contenido en el mismo. Es, pues, evidente que no se puede derogar una ley sino cuando tiene autoridad imperativa.

Ahora bien, si la excepción sancionada en el art. 12 se funda expresamente en la circunstancia de que de la aplicación de la ley extranjera pueda seguirse la derogación de las leyes prohibitivas del reino que afectan á las personas, nos parece evidente que esto no puede verificarse, sino sólo con relación á aquellas leyes del reino que en virtud de los principios sancionados por el legislador deben tener autoridad sobre las personas, los bienes y los actos.

Conviene ahora advertir que el legislador patrio, teniendo presentes los justos principios acerca de la competencia legislativa, establece en el art. 6.º que el estado y capacidad de las personas y las relaciones de familia se rigen por la ley de la nación á la cual aquéllas pertenezcan. Con esto no sólo establece,

como lo ha hecho el legislador francés en el art. 3.º, que las leyes italianas concernientes al estado y capacidad de los ciudadanos y á sus relaciones de familia deben ejercer su autoridad imperativa respecto de los italianos, aun cuando aquéllos se encuentren en país extranjero, sino que ha reconocido también que las leyes extranjeras que constituyen el estatuto personal deben tener autoridad en el reino respecto de los extranjeros sometidos al imperio de las mismas.

1.333. En las disposiciones sancionadas por el legislador patrio, relativas al estado, capacidad y relaciones de familia, se encuentran muchas que tienen el carácter de disposiciones prohibitivas. Tales son, por ejemplo, las de los artículos 55, 63, 134, 148, 164, 165, 180, 189, 229, 265, 268 y otros. No es tolerable, sin embargo, sostener que por el exclusivo motivo de que sean prohibitivas no pueda admitirse la autoridad de una ley extranjera que disponga lo contrario. La excepción no alcanza á todas las disposiciones prohibitivas, sino solamente á las que están establecidas en aquellas leyes que afectan á las personas. Ahora bien, como no todas las disposiciones prohibitivas contenidas en nuestro Código civil afectan á los extranjeros, nos parece evidente que admitiendo la ley extranjera, diversa de la italiana prohibitiva, no se encuentra el obstáculo de la excepción sancionada en el art. 12, puesto que no puede seguirse la derogación de aquella ley, por la sencilla razón de que no todas las leyes prohibitivas del reino afectan á los extranjeros.

La derogación de una ley prohibitiva italiana podría verificarse, siémpre que en virtud de la disposición sancionada en el artículo 6.º se quisiera dar á la ley extranjera autoridad preferente frente de la ley prohibitiva del reino que afecta á los extranjeros.

El legislador, en virtud de su competencia territorial, ha podido, en efecto, establecer la autoridad imperativa de ciertas leyes prohibitivas hasta respecto de los extranjeros. Esta clase de leyes del reino afectan á las personas, aun á las extranjeras, y no pueden derogarse, fundándose en las disposiciones sancionadas en los artículos 6.º y siguientes. Así, por ejemplo, el legislador, en el art. 102, dice: «La capacidad del extranjero para con-

traer matrimonio se determina por la ley del país al cual pertenece. Sin embargo, el extranjero está sujeto también á los impedimentos establecidos en la sección segunda del capítulo I de de este título (1).

Con esta expresa disposición el legislador italiano ha dado autoridad imperativa, incluso para los extranjeros, á las disposiciones que prohíben de modo absoluto el matrimonio, es decir, las que establecen los impedimentos fundamentales para que el matrimonio pueda subsistir.

Tales son las declaraciones contenidas en los artículos 58, 59, 60, 61 y 62. Cualquiera comprende que no se derogaría la ley prohibitiva del reino que se refiere á las personas, si el hijo de un extranjero que no hubiese cumplido los veinticinco años contrajese matrimonio sin el consentimiento del padre y de la madre, cuando á esto no estuviese obligado por su ley nacional. No se derogaría, por la sencilla razón de que la disposición prohibitiva del art. 63 no se refiere á los extranjeros; pero se derogaría la disposición del art. 62 si un extranjero que hubiese sido convicto reo ó cómplice de homicidio voluntario consumado, frustrado ó intentado contra la persona de uno de los cónyuges, quisiese unirse en matrimonio en Italia con el otro, alegando que en su ley nacional no existía semejante impedimento (a). Se verificaría la derogación, porque la disposición prohibitiva es imperativa también para los extranjeros, según lo que el legislador italiano establece expresamente en el citado art. 102.

También es una disposición prohibitiva la sancionada en el artículo 1.054 del Código civil, que prohíbe á los cónyuges hacerse mutuas donaciones durante el matrimonio (b), y no puede

(1) La sección segunda á que hace referencia el artículo contiene todas las disposiciones relativas á las condiciones necesarias para contraer matrimonio.

(a) En España está prohibido el matrimonio entre los que hubiesen sido condenados como autores, ó como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos. Art. 84, núm. 8.º del Código civil.

(b) V. el art. 1.334 del Código civil español que declara la nulidad de esta clase de donaciones.

negarse que esta prohibición esté inspirada en razones de orden público. Sin embargo, se desconocería por completo el contenido sustancial de la disposición del art. 12 si se quisiera negar á los cónyuges extranjeros, á fin de sostener la validez de un acto de liberalidad de uno en beneficio del otro, el derecho de invocar en Italia su ley nacional, reguladora de sus relaciones de familia, que les consienta hacerse mutuas donaciones durante el matrimonio. Reconociendo la autoridad de la ley extranjera en este punto, no se encontraría ningún obstáculo en el art. 12, por la sencilla razón de que éste se refiere al caso en que se derogue una ley prohibitiva del reino que afecte á las relaciones de familia, y nos parece evidente que afectando la disposición prohibitiva del art. 1.054 á la familia italiana y no á la extranjera, no se derogaría aquélla porque los extranjeros pidiesen la aplicación de su ley nacional, una vez que el art. 1.054 para nada se refiere á sus relaciones de familia. Del mismo modo dos cónyuges franceses que hubiesen estipulado el régimen de la comunidad de bienes y quisieran apoyarse en las disposiciones del Código francés, artículos 1.339 y siguientes, para mantener también esta comunidad en los bienes adquiridos en Italia, no encontrarían el obstáculo de la disposición prohibitiva del artículo 1.433 y de la regla limitativa del art. 12. La razón es siempre la misma, esto es, que nuestro legislador se refiere al caso en que se derogase una ley prohibitiva del reino que afecte á las personas, y nos parece evidente que teniendo en cuenta lo que él establece en el art. 6.º de las disposiciones generales, el artículo 1.433 no afecta á la familia extranjera, y por consiguiente, admitiendo la autoridad de la ley francesa, diversa de la nuestra, no se deroga la ley prohibitiva del reino, que nada tiene que ver con el régimen de los bienes de la familia francesa.

1.334. Basta con los ejemplos citados. Volviendo á nuestro asunto, creemos oportuno repetir que hemos tratado extensamente la materia para disipar toda duda, resolver la cuestión á fondo y llegar con seguridad, en lo tocante á la sucesión, á afirmar que todas las disposiciones prohibitivas contenidas en nuestro Código civil bajo el título *De las sucesiones* no son obligatorias para los extranjeros, siempre que se refieran al orden de

suceder, á la cuantía de los derechos sucesorios y á la validez intrínseca de las disposiciones testamentarias. No son obligatorias, porque habiendo reconocido el legislador, en principio, respecto de tales relaciones la autoridad de la ley nacional de la persona de cuya herencia se trata (art. 8.º), ha negado de este modo la autoridad de las disposiciones por él sancionadas respecto de la sucesión de un italiano. Las disposiciones prohibitivas que afectan á los bienes deben, sin embargo, considerarse obligatorias también para los extranjeros.

De lo que se deduce, que no es un obstáculo para que se aplique la ley extranjera diversa, el que en forma prohibitiva establece el legislador en el art. 770 (1), y lo mismo nos parece que debe decirse de la disposición prohibitiva del art. 829 (2). Pero si se encontrara el obstáculo de la regla limitativa del artículo 12, si apoyándose en una ley extranjera se quisiera contradecir lo que en forma prohibitiva establece el legislador en el artículo 833, que impide la fundación de capellanías laicas para mantener íntegra la autoridad de la ley, que ha abolido las manos muertas. Dicha disposición prohibitiva no se refiere ciertamente á las relaciones de familia, las relaciones personales ó los derechos sucesorios sobre las mismas fundados, sino que afecta á los bienes, que no pueden ser amortizados mediante fundaciones que restablecerían en Italia las manos muertas, y como dicha ley extiende su autoridad imperativa á todos los inmuebles existentes en territorio italiano, es evidente que se derogaría el precepto imperativo sancionado por nuestro legislador, si en virtud de una ley extranjera se quisiera hacer lo contrario de lo que aquél ha establecido y restablecer las vinculaciones y trabas para disponer de la propiedad.

Lo mismo decimos de cualquiera otra disposición prohibitiva que afecte á los bienes, como, por ejemplo, la sancionada en el art. 1.562, que prohíbe la subenfiteusis; la del art. 1.571,

(1) El art. 770 dice: «El casado en segundas nupcias no puede dejar al nuevo cónyuge una porción mayor que la que haya dejado al menos favorecido de los hijos del primer matrimonio».

(2) El art. 829 sanciona la prohibición de la prueba para establecer que las disposiciones testamentarias son aparentes.

que prohíbe los arrendamientos de inmuebles por más de treinta años; la del 1.965, que quita todo efecto á la hipoteca si no es pública y sobre bienes especialmente determinados, y así sucesivamente. Estas son las disposiciones prohibitivas, cuya autoridad predominante se mantiene, y quiere el legislador mantener en absoluto, impidiendo que en nombre de una ley extranjera se derogue lo que él ha establecido.

1.335. Después de atenta meditación, creemos que la primera parte del art. 12, entendida en su estricto sentido, expresa un concepto exacto, y encontramos que corresponde fielmente á lo que á nuestro modo de ver debiera establecerse para determinar la autoridad predominante de la ley territorial. El legislador italiano lo ha dicho de modo admirable. Solamente las leyes prohibitivas que afectan á las personas deben tener autoridad absoluta, con lo cual ha afirmado el imperio absoluto respecto de los extranjeros, no de todas las leyes prohibitivas, sino de aquellas solamente que afectan á sus personas; es decir, de aquellas leyes á las cuales ha declarado que están sometidos también los extranjeros (1).

Además, respecto de los derechos patrimoniales el legislador no ha atribuido autoridad á todas las leyes prohibitivas concernientes á los derechos que pertenecen á las personas sobre los bienes, sino solamente á las que afectan á los bienes; es decir, las que se refieren á las cosas independientemente de las personas á las cuales pertenezcan. Notemos también que como en el art. 7.º nuestro legislador establece que los bienes inmuebles están sujetos á las leyes del lugar en que están situados, el imperio absoluto que atribuye á las propias leyes prohibitivas relativas á las cosas no puede afectar más que á los bienes situados en el territorio del Estado, á cuyas leyes deben estar sometidos, y no á los situados en países extranjeros, que deben permanecer sujetos á las leyes del Estado en cuyo terri-

(1) Se entiende desde luego que todas las leyes que tengan el carácter de leyes de policía deben considerarse obligatorias también para los extranjeros, que debe mantenerse su autoridad é imperio absolutos sobre éstos, y que, por consiguiente, no pueden ser derogadas.

torio se encuentren. Si se compara, pues, bajo este segundo aspecto el art. 12 con el 7.º, la regla limitativa responde también á un concepto exacto.

1.336. No está determinado de un modo tan completo en la excepción sancionada por el art. 12, la segunda parte del artículo, que dice que las leyes extranjeras no podrán dejar sin efecto las que en mayor ó menor grado tengan por objeto el orden público y las buenas costumbres.

Esta expresión, algo vaga é indeterminada, deja campo abierto al intérprete para extender también indebidamente el alcance de la excepción. Puede suponerse por la lectura de ésta que si el legislador niega autoridad á las leyes extranjeras que deroguen en cualquier modo las que afectan al orden público, debe bastar para rechazar aquellas que de la admisión de su autoridad haya el temor de que surja la contradicción entre la misma y una ley italiana, que en más ó en menos afecte al orden público.

El peligro de la extensión se hace tanto mayor cuanto más difícil es determinar el concepto exacto del orden público. Los más insignes y renombrados jurisconsultos contemporáneos han querido en el terreno de los principios fundar la excepción sobre el concepto del orden público. Á su modo de ver debe conservarse el orden público en cada país, rechazando cualquiera ofensa al mismo, que se derive de la aplicación de una ley extranjera. Al afanarse por determinar la noción del orden público, se han encontrado frente á una dificultad bien grave, para algunos casi insuperable.

Como hemos advertido, la expresión empleada por el legislador italiano no es bien determinante, y puede ser que lo haya hecho con la intención de salvar las instituciones y los intereses sociales y de confiar á la Magistratura la difícil tarea de mantener y conservar *quod ad statum reipublicae spectat*, declarando absoluto el imperio de las leyes de orden público.

Conviene, sin embargo, de todos modos entender la expresión según su más justo concepto.

En general puede decirse que todas las leyes concernientes á las personas, los bienes ó los actos, afectan en algún modo al

orden público. Estas, en efecto, tienden en definitiva á establecer el orden social más perfecto. El legislador determina y regula la condición de las personas, las relaciones de las mismas en la familia y la posición de las unas respecto de las otras, los derechos de las mismas entre sí y respecto del patrimonio. Establece además las condiciones de capacidad y las medidas de protección legal para los incapaces, y regula todas las relaciones, todos los intereses de los particulares, con el propósito de conseguir el más perfecto orden social. En su consecuencia, todas las disposiciones concernientes directamente á dichas relaciones é intereses privados, son indirectamente de orden público y le afectan en cierto modo. Pero no nos parece que sea la autoridad absoluta é imperativa de estas leyes *erga omnes* la que haya querido mantener el legislador. Ha querido, por el contrario, que los derechos privados dependiesen de la ley que según la naturaleza de las cosas debe regirlos, pero procurando al mismo tiempo dejar á salvo los intereses públicos y los intereses sociales; y ha dispuesto, por tanto, que no se dejen sin efecto las leyes de orden público; es decir, las que tienen por objeto, no ya sólo proteger directamente los intereses privados, sino también amparar del mismo modo los derechos sociales, la vida del Estado, los intereses colectivos, económicos y morales.

Nos parece que la expresión, aunque indeterminada, debe considerarse inspirada en el concepto existente en la tradición romana. Ulpiano, queriendo determinar el Derecho, se expresa así: *Hujus studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum just est, quod estatum rei Romanae spectat. Privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim* (1).

El legislador italiano, afirmando en principio que el Derecho privado podía ser regulado por la ley, á la cual debe considerarse sometida toda relación jurídica de interés privado y de particular utilidad, y habiendo admitido respecto de estas relaciones la autoridad de la ley extranjera en el reino, ha establecido después la regla limitativa, disponiendo que no se pudiese,

(1) L. I, § 2.º, *Dig. de justitia et jure*, l. 1.

sin embargo, derogar las leyes de orden público en virtud de leyes extranjeras. Ahora bien, creemos que con estas palabras ha querido indicar las leyes *quod statum rei italicae spectant*, ó lo que es lo mismo, las leyes hechas para proteger la vida del Estado y la utilidad pública. Solamente éstas, teniendo presente todo el sistema, podían ser las leyes de orden público, cuya autoridad absoluta y exclusivo imperio en el territorio del Estado quería mantener el legislador italiano.

Creemos, por tanto, que refiriéndose al espíritu de la ley y al concepto sustancial que informa todo el sistema, el texto debiera entenderse en el sentido indicado por nosotros, y que entendiéndolo de esta manera puede darse á la excepción y á la regla limitativa su justo alcance, afirmando que la autoridad atribuída á la ley extranjera no puede dejar sin efecto las leyes del reino, que tienen por objeto conservar el orden público del Estado y proteger el Derecho social. Este concepto va poco á poco determinándose, y parece que la más reciente jurisprudencia apoya con su autoridad la interpretación que hemos dado á la disposición sancionada en el art. 12 (1).

Reflexionando sobre todo ello, nos hemos convencido de que si á la expresión *leyes que tienen por objeto el orden público*, se diese el significado más conforme con el concepto fundamental que inspira todo el conjunto de reglas de Derecho internacional privado adoptadas por el legislador italiano, la regla, tal como está sancionada en el art. 12 para establecer el principio de la limitación, debe considerarse más perfecta que la adoptada ó

(1) Comp. la nota á la sentencia del Tribunal de apelación de Milán de 13 de Octubre de 1891. Boidi c. Rossi en el *For. ital.*, 1892, número 3, pág. 659, y la sentencia del Tribunal de casación de Florencia de 12 de Diciembre de 1895 en el asunto Lanza dei Casalanza (*Foro it.*, 1896, I, 142), en la cual se acepta expresamente la regla de que la derogación de nuestras leyes puede verificarse cuando se desconozca la autoridad de una disposición legislativa que tenga por objeto directo regular el orden político, económico y moral del Estado, y que las leyes prohibitivas que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres no pueden significar otra cosa que las que directamente miran á proteger el orden del Estado.

propuesta en los países extranjeros; y no creemos necesario detenernos más para demostrarlo (1).

(1) La ley introductiva del Código civil alemán dispone en el artículo 30: «No se aplicará la ley extranjera cuando esta aplicación sea contraria á las buenas costumbres ó á los fines de una ley alemana.»

El Código español dispone en el art. 11: «Las leyes prohibitivas concernientes á las personas, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes ó sentencias dictadas, ni por disposiciones ó convenciones acordadas en país extranjero» (a).

La Comisión belga para la revisión del Código civil redactó el artículo propuesto del modo siguiente: «No obstante los artículos anteriores, no deben tenerse en cuenta las leyes extranjeras en los casos en que de su aplicación pudiese resultar alguna ofensa á leyes del reino que garantizan ó consagran su interés social».

Laurent, en su anteproyecto del Código civil belga, había propuesto la siguiente fórmula: «Á pesar de las disposiciones de los artículos precedentes, las leyes, los actos, las sentencias pronunciadas en país extranjero, así como las disposiciones y convenciones particulares, no pueden en ningún caso derogar las leyes prohibitivas del reino concernientes á las personas, los bienes ó los contratos, ni las leyes que de cualquiera manera interesen al orden público ó á las buenas costumbres».

El Instituto de Derecho internacional, en su reunión de Oxford, propuso la regla acerca de la limitación de la manera siguiente: «En ningún caso las leyes de un Estado podrán ser reconocidas, ni producir efecto en el territorio de otro Estado, si están en oposición con el derecho público ó con el orden político del mismo territorio.»

(a) El Tribunal Supremo español, por sentencia de 12 de Julio de 1889, estableció que los actos jurídicos son válidos en cuanto á su forma, si ésta se ajusta á la ley del lugar en que se contrata, es decir, que se regulan por el estatuto formal; por lo cual era nulo el casamiento de dos súbditos franceses celebrado en Puerto Rico según el rito anglicano, antes de regir en dicha isla la Ley de Matrimonio civil, y se consideraba inaplicable al cónyuge viudo que reclamó la herencia *ab intestato* de una hija habida en el matrimonio, el estatuto personal según el cual la paternidad del recurrente era legítima, por así disponerlo la ley francesa.