

Comentarios al Código Civil Peruano

TITULO PRELIMINAR *

(Continuación)

Art. XIV.—“Ningún habitante del Perú puede eximirse de las obligaciones contraídas en la República conforme a las leyes”.

El artículo XV tiene su precedente en el número 36 del Código de 1852.

El precepto presenta cierta dificultad en cuanto a la precisión de su sentido y alcance. El término “contraídas” utilizado con referencia a las obligaciones, hace pensar que se trata de obligaciones de origen voluntario, es decir, derivadas de acto jurídico. El art. VII indica que la obligación se rige por la ley del lugar en que fué contraída. De modo que en caso de obligación contraída en el Perú, la ley peruana se aplicaría. El art. XIV vendría a ser una repetición inútil, o mejor, una indicación confirmativa de lo ordenado en el art. VII, para un caso especial. Puede ser este el sentido del art. XIV. No parece él mismo concernir a una norma de remisión legislativa de carácter sustantivo, sino más bien a una competencia jurisdiccional. El que contrae una obligación no puede eximirse, en general, de ella. No precisaba un precepto que tal cosa remarcase con relación al caso que la obligación se contraiga en el Perú. Lo que el artículo citado quiere significar es que ningún habitante en el Perú puede excusarse de responder judicialmente ante los tribunales peruanos por

(*) Véase los Nos. II y III, Año XII de esta Revista.

obligación originada en el Perú, conforme a la ley peruana, esté o no domiciliado, sea peruano o extranjero. Es un caso de competencia *ratione loci*. El artículo debe ser ubicado junto a los artículos XVII, XVIII y XIX, que también se refieren a las reglas procesales de Derecho Internacional Privado, en cuanto a determinar la competencia de los tribunales peruanos.

El caso considerado en el art. XIV es diferente a los considerados en los artículos XVII y XVIII. El primero respecta al caso de obligación contraída, "de contratos" celebrados con peruano o extranjero domiciliado, en cuyo supuesto son competentes los tribunales peruanos; el segundo se refiere al caso de obligación contraída con peruano, en cuyo supuesto se instituye la misma competencia. Ninguno de esos preceptos exige que la obligación se haya contraído en el Perú; no se establece la competencia *ratione loci*, sino *ratione personae*.

En cambio, tratándose del art. XIV, no importa por quién y en relación a quién se haya contraído la obligación, o sea, si el acreedor o si el deudor sean peruanos o extranjeros, ni si estén o no domiciliados en la República. Basta que la obligación se haya contraído en el Perú, y que habite en éste quien pueda ser demandado para el cumplimiento de tal obligación.

Pacheco con referencia al art. 36 del Código derogado escribe: "los extranjeros, lo mismo que los peruanos, están sujetos al cumplimiento de las obligaciones contraídas en el Perú conforme a las leyes, porque es bajo el imperio de éstas y en el territorio a ellas sujeto que la obligación ha sido contraída". Como se observa, no llega el ilustre exégeta del Código de 1852 a ahondar el problema insito en el art. 36 de dicho cuerpo de leyes (art. XIV del Código actual).

Cornejo miró el caso con más acuciosidad. En sus Comentarios al mismo Código Civil de 1852, escribió sobre el particular: "de la disposición que comentamos se desprende que la jurisdicción nacional está expedita para conocer de todas las controversias que se refieren a obligaciones contraídas en la República, conforme a las leyes, independientemente del estado personal, y, en especial, de la nacionalidad del demandante o demandado; y este principio, que se basa en la naturaleza misma del Estado, de cuya esencia es la pronta e imparcial administración de justicia a todo en que en derecho la solicite, se aplica a todas las obligaciones, cualquiera que sea su causa o naturaleza, tanto a las contraídas por pacto como las que resulten por la ley o de un cuasi-de-

lito o de un cuasi-contrato. La única condición es que el demandado habite en el Perú, que esté en él al iniciarse el juicio. Así, un extranjero transeúnte que ha procreado un hijo, puede ser demandado por la prestación de alimentos, mientras se encuentre en el territorio. El extranjero que contrae una deuda está en el mismo caso y aunque se ausente después de la citación, la demanda será asequible conforme a los principios generalmente admitidos en el país de su domicilio. Este artículo —36— ampara, pues, bajo la jurisdicción nacional, todas las obligaciones contraídas en el país y hace práctico el imperio de la ley patria, que es obligatoria en todo el territorio”.

Nosotros creemos que aunque la palabra “contraída” tiene la significación específica de obligación emanante de un acto jurídico y no, técnicamente hablando, de obligaciones de origen legal, podría admitirse que comprenda también a éstas últimas, como lo manifiesta Cornejo; y no tanto porque ello resulte del texto mismo del precepto de que ahora nos ocupamos, sino porque está unánimemente admitido que la obligación legal se rige, tanto en lo que se refiere a la competencia legislativa material como a la jurisdiccional, por la ley que dé origen a tal obligación. Así, por ejemplo, ocurre tratándose de la obligación de reparar el daño por acto ilícito, que Cornejo menciona. Por lo demás, ya a esto nos hemos referido en el comentario del artículo VII.

En suma, el numeral XIV consagra el imperio territorial de la ley peruana respecto a toda obligación en que el sujeto pasivo de ella se encuentre en el Perú, así sea transeúnte.

Art. XV.—“La Constitución designa quienes son peruanos y quienes extranjeros. Las leyes sobre extranjería y sobre naturalización regularán todo lo concerniente a dichos estados”.

Referencias: Código de Bustamante, Art. 9; Cód. español, 17; chileno, 56; ecuatoriano, 52; uruguayo, 22; pa. 1; peruano, 30.

“La nacionalidad, según escribe Kalthoff, es una condición jurídica del ciudadano (súbdito) en sus relaciones con un Esta-

do determinado, el cual en virtud de su soberanía regula las condiciones de la adquisición y pérdida de dicha nacionalidad”.

La cuestión, pues, de la nacionalidad, es una que *prima facie* corresponde a la competencia del derecho político, pero también al derecho de gentes, por el respeto que a cada Estado deben merecer las reglas legales de los otros en lo referente a la determinación de la nacionalidad.

Además el asunto también interesa al derecho internacional privado, en lo relativo a las normas de remisión sobre los derechos materiales aplicables en colisiones legales, cuando se hace distinción entre nacional y extranjero, si opera como una de esas normas la ley nacional.

En esta virtud se puede explicar la inserción de la indicación del art. XV, que así puede estimarse de incumbencia del derecho internacional privado, si como algunos autores piensan, la cuestión de la determinación de la nacionalidad de las personas es una que dicha disciplina abarca. Niboyet escribe: “El Derecho Internacional Privado es la rama del Derecho Público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar los derechos de que gozan los extranjeros, resolver los conflictos de leyes referentes al nacimiento o la extinción de los derechos y asegurar, por último, el respeto de estos derechos. Recoge esta definición el triple objeto del Derecho Internacional Privado, tal como se le concibe en Francia, o sea, las tres siguientes materias de importancia desigual: I) la nacionalidad de las personas; II) la condición de los extranjeros; III) el conflicto de leyes y el respeto de los derechos adquiridos”.

Interesa saber quiénes son súbditos de un Estado, para determinar a quiénes se puede aplicar la ley nacional como norma atributiva. La solución, sin embargo, es del giro del derecho político interno. Se trata, pues, de una cuestión preconstituída para el Derecho Internacional Privado, que debe tomar en cuenta. Por eso la disposición del art. XV es una de simple remisión, al referirse a la Constitución en cuanto ésta designa quiénes son peruanos y quiénes extranjeros.

Cada Estado establece soberanamente la regla sobre atribución de nacionalidad a las personas. Romero del Prado cita la indicación de Lewald a este respecto: “Es un principio incontestable

do que cada Estado fija las condiciones de adquisición y de pérdida de la nacionalidad; es decir, que a cada Estado corresponde exclusivamente decir quién es y quién no es su súbdito. El juez debe, pues, referirse a la ley del Estado cuya nacionalidad está discutida. Si un tribunal del Estado A. debe examinar la cuestión de saber si una persona es súbdita del Estado B, es exclusivamente la legislación de B que el juez debe consultar". Por su parte Rabel escribe: "Si una persona es nacional de un país determinado, es una cuestión que es determinada exclusivamente por la ley de ese país; es una regla establecida por el derecho internacional, confirmada por la Convención sobre conflicto de leyes sobre nacionalidades de 1930"

El principio de que la adquisición y pérdida de la nacionalidad depende exclusivamente de la ley del respectivo país, está universalmente reconocido, no sólo por el derecho internacional público, sino también por el privado; él se halla expresamente consagrado en el Cód. Bustamante. (arts. 12, 14 y 16). Niboyet enjuicia: "La nationalité est donc l'institution par laquelle l'Etat se dénomme et donne une étiquette internationale aux individus qui sont les composants de son entité; il crée la nationalité, il en est le distributeur ou répartiteur".

Parece obvio advertir que lo referente a la nacionalidad en el caso ahora tratado, por inferencia del art. XV, respecta a las personas individuales, no a las personas colectivas. Escribe Salazar Flor: "por fin anotemos que los sistemas que sirven para la adquisición originaria de la nacionalidad, tratándose de las personas físicas, como el *jus sanguinis*, el *jus soli* y el mixto, son ajenos a la persona jurídica. Los vínculos de sangre, de familia, de origen, no pueden servir para determinar la nacionalidad de las entidades morales. Los medios derivativos como la naturalización y el matrimonio, tampoco les son aplicables".

La nacionalidad puede ser no sólo de origen (*jus soli* o *jus sanguinis*), sino adquirida, por naturalización. Determinar si se ha adquirido una nueva nacionalidad por naturalización, es también cuestión que regula soberanamente cada Estado, y esa regulación es la que debe consultarse para decidir sobre dicha situación. En el Perú rigen al respecto los artículos 4 a 7 de la Car-

ta política. La segunda parte del art. XV del Código Civil se remite a estas reglas legales.

Debe citarse en concordancia con el numeral sobre el que ahora escribimos, el art. 1825, que prescribe: "en defecto de leyes sobre las materias señaladas en los arts. XV y XVI del Título Preliminar, se observarán las disposiciones del Poder Ejecutivo".

Art. XVI.—"El derecho de propiedad y los demás derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las prohibiciones y limitaciones que por motivo de necesidad nacional se establezcan para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras".

Referencias: Cód. francés, art. 11; alemán, 31, ley de introducción; belga, art. 11; austriaco, art. 33; español, art. 28; holandés, art. 3 de disposiciones generales; japonés, 2; venezolano, 26; italiano, 16, chileno, 57; argentino, 53; uruguayo, 22, al 2º; portugués, 26 a 31; soviético, 8 de la ley de introducción y C. C. art. 4, 2ª parte; art. 6 de la ley rumana de 23 de febrero de 1924; y C. C. art. 4 2ª parte; peruano, 32 y s.; Código Bustamante, 1º y 2º.

Cada Estado establece autónomamente el régimen jurídico de los extranjeros. Su soberanía política le permite aplicar las leyes que él establezca sobre este particular. Como escribe Dove, "siempre la *lex loci* daría la solución del problema de la condición de los extranjeros. Sólo la ley belga dice cuales son los derechos cuya capacidad de goce tiene un peregrino en Bélgica". Pero existe el deber moral en todo Estado de no desconocer los derechos fundamentales que corresponden a cada individuo como hombre y, en consecuencia, de no negar los mismos a una persona porque ésta no sea nacional. No obstante, puede restringirse en algo el goce de los derechos privados de los extranjeros, por razones de utilidad social o de necesidad nacional.

La asimilación casi completa del extranjero y nacional en cuanto a la capacidad jurídica, es una conquista de los tiempos modernos; es un concepto nuevo, que ha acabado por rechazar un tratamiento a base de desigualdad, porque este último resulta reñido con los postulados de la justicia y con el estado actual en el

desarrollo de la cultura jurídica humana. Sólo en casos excepcionales se puede observar cierta apartación de esta tendencia, como medidas de emergencia impuestas por circunstancias gravísimas (caso de guerra, por ejemplo). Es de anhelar que en lo posible no sufra eclipse el principio de no dar trato distinto en la esfera del derecho privado a los extranjeros, sin discriminación alguna, y a los nacionales. Tampoco es admisible una política legislativa diferencial entre extranjeros que pertenezcan a un determinado país o a un determinado grupo social. El Código soviético art. 4º 2ª parte, indica que el sexo, la raza, la nacionalidad y el origen no influyen sobre la extensión de la capacidad civil. Stonpnizky escribe: "de una manera general la legislación soviética reconoce a los extranjeros la misma capacidad civil que a los nacionales, en tanto que esta capacidad no resulta determinada por acuerdos especiales o no sea limitada por actos del poder central".

Débase, pues, no imponer criterio discriminatorio entre indígenas y peregrinos. Tampoco puede admitirse que el extranjero goce de un régimen privilegiado frente al nacional. Un régimen de capitulaciones como el que existía en Turquía y en Asia hasta no hace mucho tiempo, resultaría hoy anacrónico. Pontes de Miranda remarca que no existen sólo los derechos nacionales del hombre; existen también los *derechos del hombre* de orden super-estatal, ligados a la personalidad humana, conforme a la noción del derecho de gentes. Debe haber, pues, una mínima de derechos intangibles, que corresponden a toda persona, sea nacional o extranjera.

Tratándose de la situación de los extranjeros, debe distinguirse entre los derechos políticos y los derechos privados. De los primeros no disfruta el extranjero porque ellos se otorgan al súbdito, al ciudadano. Conciernen al ejercicio de una actividad de orden estadual, que como tal es reservada a los nacionales. Correlativamente, el extranjero no está obligado al servicio militar y a la "contribución de sangre".

Pretéritamente se hacía distinción entre el nacional y el extranjero en cuanto al goce de derechos privados. Predominan a este respecto sentimientos de hostilidad y desconfianza y también influían prejuicios de carácter religioso. Los tratadistas de Derecho Internacional Privado exponen sobre este asunto lo que ocurría en los antiguos Imperios orientales, en Grecia, en Roma, en la época feudal. La Revolución francesa proclamó los derechos del "hombre" y del ciudadano, y fué así la primera gran declaración

legislativa que significó la supeditación de una diferenciación odiosa y arbitraria.

En general, en los países modernos se instituye la equiparación del nacional y el extranjero en cuanto al goce de derechos privados. Matos transcribe lo que sobre el particular escribiera Ihering. "El derecho de todos los pueblos cultos modernos no hace diferencia, en lo que se refiere a la tutela jurídica entre nacionales y extranjeros: la nacionalidad influye solamente para determinar los derechos políticos, aún cuando sin una significación absoluta: la ley extiende su mano protectora igualmente sobre los naturales y los extranjeros, como exige obediencia de unos y otros: éstos y aquéllos son tratados del mismo modo, tanto por el juez civil como por el juez criminal: las formas del procedimiento y los principios jurídicos que el juez aplica a favor o en contra de ellos, son completamente los mismos; nuestro derecho moderno no reconoce más, como en otros tiempos el de los romanos, ni tribunal ni derecho particular para el extranjero. La igualdad ante la ley, tanto para los nacionales como para los extranjeros, es la base fundamental de todo derecho moderno".

No obstante, la igualdad no es establecida en algunas legislaciones en forma absoluta o incondicionada, sino limitada por la reciprocidad ya sea legislativa, ya sea diplomática.

Pueden clasificarse en tres grupos los regímenes jurídicos en cuanto a las soluciones establecidas sobre el tema que ahora desarrollamos (Bevilaqua).

En primer término tenemos los que restringen la capacidad de los extranjeros o la hacen depender de la condición de reciprocidad. Así, el Código francés estableció la reciprocidad diplomática. (art. 11). El Código austriaco impuso la reciprocidad legislativa (art. 33) lo mismo que el boliviano (art. 7); el peruano de 1852 (art. 34) la reciprocidad diplomática; el italiano (art. 16) la reciprocidad legislativa.

Un segundo grupo está formado por las legislaciones liberales, que no someten a reciprocidad la capacidad de los extranjeros, pero imponen ciertas limitaciones. Así, se puede enumerar el Código portugués (arts. 17 y 26), el español (art. 27), el japonés (art. 2). El Código Alemán (art. 31 de la ley de introducción) consagra también la no diferenciación, pero faculta el adoptar medidas de retorsión con los individuos de un país extranjero que desconozca a los alemanes en ese país los derechos civiles.

El tercer grupo se caracteriza por consagrar la igualdad completa del nacional y el extranjero en materia de derecho privado. Así ocurre en los Códigos chileno (art. 57), y argentino (art. 53), el art. 6 de la ley rumana de 23 de febrero de 1924.

El Código de Bustamante reserva a esta materia sus artículos 1 y 2, que dicen:

Art. 1.—“Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales. Cada Estado contratante puede, por razones de orden público, rehusar o subordinar a condiciones especiales el ejercicio de ciertos derechos civiles a los nacionales de los demás, y cualquiera de esos Estados puede, en tales casos, rehusar o subordinar a condiciones especiales el mismo ejercicio a los nacionales del primero”.

Art. 2.—“Los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozarán asimismo en el territorio de los demás, de garantías individuales idénticas a las de los nacionales, salvo las limitaciones que en cada uno establezcan la Constitución y las leyes. Las garantías individuales idénticas no se extienden, salvo disposición especial de la legislación interior, al desempeño de funciones públicas, al derecho de sufragio y a otros derechos políticos”.

Trias de Bes indica como las limitaciones más importantes que se suelen poner a los extranjeros, las siguientes:

1.º—Prohibición de adquirir propiedad inmueble.

2.º—Restricción, en la propiedad naviera, bajo dos formas: o vedándola por completo a los extranjeros, o permitiéndoles tan sólo una participación máxima prefijada.

3.º—Prohibición, casi general, del comercio de cabotaje, y aun en algunos Estados, prohibición del comercio en general o con grandes restricciones.

4.º—Propiedad inmaterial en sus dos manifestaciones intelectual e industrial. Generalmente se hace depender el reconocimiento de esta propiedad para el extranjero, de la reciprocidad.

5.º—Prohibición de la pesca en aguas territoriales, por reservar esta facultad a los nacionales.

6.º—Inhabilitación para los cargos en las instituciones de tutela y guardaduría legal.

7.º—La legislación obrera puede considerarse en principio, como ley de protección y, por tanto, excluye de los beneficios de

la legislación de trabajo a los extranjeros; pero en la práctica se manifiesta una marcada tendencia a extenderlas también a los obreros extranjeros, porque, si bien, a primera vista parece no tener así ninguna ventaja el obrero nacional frente a la competencia del extranjero, precisamente para evitarla se le conceden estos beneficios, puesto que de lo contrario los patronos tomarían sólo obreros extranjeros para librarse del pago de las indemnizaciones por accidente, primas de los seguros, etc., lo cual, si resulta oneroso para el patrono, responde a una necesidad social".

En los últimos tiempos se ha observado cierta recrudescencia en cuanto a someter a los extranjeros, mejor dicho, a personas que son súbditos de algunos países o que pertenecen a ciertos grupos raciales, a una situación de inferioridad jurídica. Así, las leyes de Nuremberg prohibiendo matrimonio entre arios y judíos, y la adopción de otras medidas en la Alemania nazi contra individuos de raza hebrea. Así, el bloqueo de fondos, la confiscación de bienes, la intervención en negocios, contra súbditos de algunos países, ocurridos con ocasión de la última guerra mundial. En la anterior guerra mundial también apareció ese extraño engendro de una legislación de rigor contra el extranjero enemigo. Trias de Bes, criticándolo, escribe: "Antes de la pasada guerra, el sentido jurídico internacional se había pronunciado en favor del respeto a los derechos del particular extranjero, fuera o no enemigo. No había disparidad ni entre los tratadistas, ni entre los diplomáticos, ni entre los políticos. Pero la gran guerra, con una mutación radical de los valores, ha venido a modificar esencialmente la condición jurídica del particular enemigo, desvirtuando los sistemas de derechos y de garantías que hemos examinado".

Agrega dicho autor: "Por fortuna, este derecho anormal que hemos resumido en sus puntos más salientes, ha cesado con la guerra, normalizándose las relaciones de orden público entre los particulares".

En la guerra mundial segunda reapareció por desgracia, y con más enconados caracteres, dicho derecho extravagante y odioso.

En el Perú ha predominado en general el criterio liberal acerca de la condición jurídica de los extranjeros. El decreto de

San Martín de 17 de octubre de 1821 indicaba ya que los extranjeros gozaban de los mismos derechos civiles que los peruanos. El art. 33 del Código de 1852 dispuso: "Los extranjeros gozan en el Perú de todos los derechos concernientes a la seguridad de su persona y de sus bienes, y a la libre administración de éstos". Pero la equiparación no era completa, pues el art. 34 establecía al principio de la reciprocidad diplomática, al condicionar la capacidad de los extranjeros para adquirir inmuebles y ejercer el comercio, a lo que se conviniese en los tratados que se celebrasen con las respectivas naciones.

El Código actual en su art. XV iguala al extranjero con el peruano en cuanto al goce de los derechos privados, salvo las prohibiciones y limitaciones que por motivo de necesidad nacional se establezcan. Es una fórmula semejante a la del art. 1º del Código de Bustamante. Es pertinente, pues, insertar lo que Bustamante Sirven explica sobre este particular: "ningún país está dispuesto a renunciar a estas restricciones mientras no cambien sustancialmente las causas que las determinan, y para dejar a salvo su libertad de acción presente o futura se redactó el párrafo segundo de dicho artículo primero. Importa advertir que no encierra una victoria de la teoría de la reciprocidad. Esta última supone que un país ofrece algo a condición de que otro lo haya otorgado a su vez, y conduce al aislamiento, porque ninguno da el primer paso mientras no lo haya dado otro. Todos pueden hablar de reciprocidad, al parecer generosamente; pero mientras uno no empiece por concesiones todavía sin reciprocidad el sistema no funciona. Diríase que no se pone en marcha sino a condición de olvidar su fundamento. Muy distinta es la situación dentro del Código de Derecho Internacional Privado. El goce de todos los derechos civiles se declara común a los nacionales y a los extranjeros; pero cuando un Estado, precisamente por motivos de orden público, haya restringido o restrinja en lo futuro a los extranjeros, no el goce sino el ejercicio de determinado derecho civil, bien rehusándolo o bien subordinándolo a condiciones especiales, como sucede entre nosotros con el domicilio para la pesca en el mar territorial, cualquiera de los Estados contratantes, no deberá, sino rehusar o subordinar a condiciones especiales el ejercicio del mismo derecho a los nacionales del primero".

Hay, pues, en la fórmula del art. XVI una adecuada conciliación entre los imperativos de la solidaridad humana universal y las exigencias de autonomía y seguridad locales.

El art. 1825 de nuestro Código debe traerse a colación ahora, en cuanto establece que: "En defecto de leyes sobre las materias señaladas en los artículos XV y XVI del Título Preliminar, se observarán las disposiciones del Poder Ejecutivo".

Art. XVII.—"Tanto los peruanos como los extranjeros domiciliados en el Perú, donde quiera que se hallen, pueden ser citados ante los tribunales de la República, para el cumplimiento de los contratos celebrados con peruano o extranjero domiciliado en el Perú".

Art. XVIII.—"El extranjero que se halle en el Perú, aunque no sea domiciliado, puede ser obligado al cumplimiento de los contratos celebrados con peruano, aún en país extranjero, sobre objetos que no estén prohibidos por las leyes de la República".

Art. XIX.—"Los residentes en el extranjero, estén o nó domiciliados en la República, pueden ser demandados:

1.º—Cuando se les exija el cumplimiento de obligaciones que hayan contraído o que deban ejecutarse en el Perú;

2.º—Cuando se establece acción real concerniente a bienes ubicados en la República;

3.º—Cuando se ha estipulado que los tribunales del Perú decidan la controversia".

Referencias: Código brasileiro, art. 12 a 15; francés, art. 14; Tratado de Montevideo 56 y s.; Código de Bustamante art. 408 y s.; Código peruano, art. 37, 38, 39 y 43; argentino, 13; ley polaca de 1926, art. 39.

La igualdad reconocida entre nacionales y extranjeros en cuanto al goce de los derechos civiles debe conducir, lógicamente, a no hacer distinciones en cuanto a la situación procesal entre unos y otros.

Como dice Balmaceda Cardoso, el ejercicio judicial de los derechos civiles es otorgado a nacionales y extranjeros indistintamente. La facultad de recurrir a los tribunales judiciales para el reconocimiento, salvaguardia, conservación o defensa de los derechos individuales, no representa ni podía representar privilegio del nacional, una vez que se admite la personalidad jurídica del hombre en general.

No obstante, los arts. XVII y XVII no equiparan la situación del peruano y del extranjero. Esta es, pues, la primera censura que se merecen dichos numerales.

En segundo lugar, cabe observar que si se creyó conveniente incluir reglas de derecho procesal civil internacional, no se percibe por qué ellas se limiten a lo referente a la competencia y jurisdicción, y no se estatuya nada sobre otras materias relativas de la tramitación del procedimiento, con indicación de lo que respecta a las normas ordenatorias y a las decisorias. En cuanto a lo concerniente a la ejecución de sentencias extranjeras, la materia es legislada en el Código de Procedimientos Civiles (art. 1155 y siguientes).

La estructuración de las normaciones procesales es eminentemente territorial. El tratado de Derecho Procesal de Montevideo indica en su art. 1º que "los juicios y sus incidencias, cualquiera que sea su naturaleza, se tramitarán con arreglo a la ley de procedimientos de la Nación en cuyo territorio se promuevan". El Código de Bustamante por su parte, prescribe en el art. 314: "la ley de cada Estado contratante determina la competencia de los Tribunales, así como su organización, las formas de enjuiciamiento y de ejecución de las sentencias y los recursos contra sus decisiones". Bustamante y Sirven escribe: "el verdadero motivo, que a su vez resume algunos de los anteriores, está en el orden público internacional. Nosotros lo concebimos como determinante de la territorialidad del derecho e incluimos en esa denominación todos los estímulos a que la territorialidad obedece y que pueden refundirse en la circunstancia de que infringir o dejar de a-

plicar una ley de esa especie equivale a lesionar la soberanía o atacar sus bases esenciales. Si el Estado adopta para administrar justicia determinadas formas, trámites, recursos e instancias, que son a la par una garantía de su acierto y del derecho de defensa de los interesados, no es concebible que una condición personal de éstos, sin trascendencia para la función judicial misma, se invoque como título para sustituir el derecho local por leyes extranjeras. Hemos podido decir, refiriéndose a la legislación penal, que en términos generales cada país no aplica más que la suya y ahora podemos agregar que, sin excepción alguna, ni aplica ni puede aplicar más que sus propias leyes procesales”.

El art. XVII se refiere a la citación en juicio ante los tribunales peruanos en el caso en él contemplado, de cumplimiento de contrato celebrado por el demandado con peruano o extranjero domiciliado en el Perú. El demandante ha de ser un peruano o un extranjero domiciliado. Pero puede también ser un extranjero no domiciliado, que sea causa-habiente del primitivo acreedor, peruano o extranjero domiciliado. En efecto, el supuesto del artículo es que el contrato se haya celebrado con peruano (en carácter de acreedor) o con extranjero domiciliado. Lo único, pues, que se necesita es que originariamente intervenga dicho peruano o extranjero domiciliado. Se trata, de consiguiente, de un caso de competencia *ratione personae* en su presentación original, aunque no en sus subsecuentes manifestaciones. Si la obligación hubiese pasado del primitivo acreedor que sea peruano o extranjero domiciliado, a un causa-habiente que no lo sea, esto es, que sea un extranjero no domiciliado en el Perú, podrá funcionar el artículo XVII. No ocurre cosa idéntica en lo que atañe al demandado. Este ha de ser necesariamente, dentro del supuesto del art. XVII, un peruano o un extranjero domiciliado. El art. XVII contiene, pues, dos supuestos distinguibles. En primer lugar, en relación al acreedor exige que originariamente sea peruano o extranjero domiciliado (de modo que no importa que el causa-habiente del crédito no lo sea). En segundo lugar, en relación al deudor exige que éste sea peruano o extranjero domiciliado actualmente, o sea, cuando se demande el cumplimiento de la obligación contractual (aunque anteriormente el deudor primitivo, causante del actual, haya sido un extranjero no domiciliado).

No importa el lugar en que se pactó el contrato. Lo que interesa, es que se pida el cumplimiento del contrato en el Perú. Pero en este punto, hallamos una coincidencia de este precepto XVII

y el del inciso 1º del XIX, sobre la determinación de competencia en cuanto a una acción personal para el cumplimiento de contrato, toda vez que a ello también atiende el segundo de los preceptos citados, que habla del cumplimiento de obligaciones "que deban ejecutarse en el Perú". Es, pues, el mismo caso a que se contrae el art. XVII. No obsta para ello que éste hable de "contrato" y el inciso 1º del art. XIX hable de obligación que debe ejecutarse en el Perú. Esta última expresión es más comprensiva que la que contiene el art. XVII. En realidad, éste debió haber hablado de obligación contraída (o celebrada) con peruano, en vez de hablar de contrato; pero como el artículo citado fué tomado del 37 del Código de 1852, y como éste no distinguió claramente entre obligación y contrato y no elaboró la figura del negocio jurídico (que puede ser obligacional), porque todo lo relativo a las obligaciones lo incluyó erróneamente dentro de la figura del contrato, se explica, así, que el codificador de 1936, sin reparar en la debida pulcritud de las expresiones, haya utilizado en el numeral XVII la de "contrato", y en el art. XIX, inc. 1º, la de "obligación" a ejecutarse (y por ende a cumplirse) en el Perú.

Si conforme al inciso 1º del art. XIX tratándose de una obligación a cumplirse en el Perú es competente la jurisdicción peruana, sin que tenga nada que hacer que el obligado sea peruano o extranjero y que esté o nó domiciliado en el Perú, el art. XVII sobra, pues la circunstancia de que la obligación contractual se pactase con peruano o extranjero domiciliado resulta superflua. El Código de 1852 no contenía una disposición como la del art. XVII del actual. Su numeral 37 más analogía tiene, contrariamente a lo que comunmente se cree, con lo dispuesto en el inciso 1º del art. XIX del Código vigente que con el XVII, porque este último fundamentalmente condiciona la citación del obligado a que el sujeto activo de la obligación sea (cuando menos originariamente) peruano o extranjero domiciliado en el Perú, mientras que el art. 37 del Código de 1852 no establecía la competencia jurisdiccional únicamente *ratione personae*, sino además *ratione materiae*, por razón de que la obligación se cumpliera en el Perú; es decir, algo análogo fundamentalmente a lo ordenado en el inciso 1º del art. XIX del Código actual. Así es que éste acusa una imperfección notoria en esta materia, en comparación al Código anterior, con la implicación entre el art. XVII y el inciso 1º del XIX. El art. XVII sí guarda analogía con dicho art. 37 del Código derogado, en cuanto limitaba la posibilidad de ser ci-

tados judicialmente a "los peruanos y extranjeros domiciliados en el Perú". Pero esta limitación desaparece en el Código actual, por la interposición de lo ordenado en el inciso 1º del art. XIX, como lo advertimos anteriormente.

El art. XVII dice que "tanto los peruanos como los extranjeros domiciliados en el Perú" pueden ser citados, y habla del contrato celebrado "con peruano o extranjero domiciliado en el Perú". Se puede infiltrar la duda sobre si el término "domiciliados" respecta únicamente a los extranjeros, o también a los peruanos. Tratándose de la última parte del artículo no puede haber vacilación: el término domiciliado se refiere solamente al extranjero. El artículo tiene su antecedente, así sea indirectamente, en el numeral 14 del *Code Civil*, que habla de la citación ante los tribunales franceses en caso de obligación contraída con francés, sin exigir el domicilio de éste. Es irrelevante en general que el acreedor tenga o no domicilio en el país en que se demande a una persona, pues la competencia se determina según el fuero del demandado. Por lo tanto, si ya indebidamente se restringe la posibilidad de accionar tratándose del extranjero, por la circunstancia de que éste se halla domiciliado en el Perú, nada cohonestaría, sino todo lo contrario, el que se extendiera la injustificada limitación al caso de peruanos.

Mas, con referencia a la primera parte del precepto, cuando habla de que "tanto los peruanos como los extranjeros domiciliados en el Perú" pueden ser citados judicialmente, si cabe adoptar una actitud indecisa. ¿El peruano debe estar domiciliado para poder ser demandado?— Cornejo está por la afirmativa. Escribe en relación a dicho artículo XVII, que "el domicilio determina la competencia, ya se trate de peruanos, ya de extranjeros". Nosotros coincidimos con esta interpretación. No sólo es racional, pues como lo decimos antes, el domicilio del demandado es el que debe determinar la competencia jurisdiccional, sino que esta solución se impone conjugando el art. XVII con el art. 44 del Código de Procedimientos Civiles, que ordena: "no existiendo sometimiento expreso o tácito, es juez competente el del lugar del domicilio del demandado". De otro lado, la interpretación contraria importaría conceder un trato más beneficioso al extranjero que al nacional, al permitirse al primero que se excusara de comparecer, con una excepción de incompetencia, y no permitir lo mismo al segundo.

Basta que el demandado esté domiciliado en el Perú, aunque circunstancialmente se halle en el extranjero. Si se encuentra de tránsito en otro país precariamente, esto no significa que esté desvinculado del lugar de su domicilio, que se caracteriza por el "ánimo de permanecer en él" (art. 19). El art. XVII tiene en cuenta la hipótesis referida, cuando habla "donde quiera que se hallen".

Por lo demás, para la fijación de la condición de domiciliado del demandable en el caso del art. XVII, se tendrá en cuenta los artículos 19 y siguientes del Código Civil, que se refieren a dicha figura de domicilio.

Si una persona deudora por obligación contractual, se halla domiciliada en el Perú, y su acreedor es un extranjero no domiciliado, no puede ser demandada por éste, según el art. XVII. La absurdidad de este resultado depende de no haberse establecido como regla el *forum domicilii* del deudor, con prescindencia de la nacionalidad del demandante.

La protección otorgada al peruano en el art. XVII para poder demandar a su deudor por obligación contractual no es idéntica en el caso del art. XVIII. En primer lugar en lo que respecta al acreedor, a diferencia del XVII (que permite accionar al peruano y al extranjero domiciliado) en el XVIII el privilegio sólo se otorga al peruano, y no al extranjero domiciliado. En segundo lugar, no es requisito en cuanto al demandado, que en la hipótesis legal es un extranjero, que se halle domiciliado en el Perú, como ocurre en el art. XVII; de modo que es suficiente que se encuentre de tránsito en la República, para que la citación proceda, de acuerdo al art. XVIII.

Conforme al artículo XVIII no tiene ninguna significación que el contrato se haya celebrado en el Perú o fuera de él, pues habla de "aun en país extranjero".

Nosotros tenemos que censurar una vez más que se reitere el error de establecer el fuero a base de la nacionalidad del acreedor, siendo así que en general debe fijarse la competencia por el domicilio del obligado.— El art. 12 del Código brasileiro es modelo en este orden de ideas, al disponer que "es competente la autoridad judicial brasileira cuando el reo fuera domiciliado en el Brasil o en éste fuera cumplida la obligación". Agrega que "el juez brasileiro tiene competencia exclusiva sobre acciones relativas a inmuebles sitos en el Brasil". Es que el art. XVIII de nuestro Código vigente ha repetido el art. 38 del Cód. de 1852, que

a su vez se basó en el 14 del Código de Napoleón, sin tener en cuenta que en el estado actual de la ciencia de derecho internacional privado en materia procesal una posición adoptada como la del art. XIII es insostenible. Autores franceses modernos critican severamente el art. 14 del *Code Civil*. La razón que indica García Goyena en sus "Concordancias" (art. 28) en favor de la solución, es pueril. Escribe: "el objeto del artículo es evitar que las obligaciones contraídas en los términos que expresa, puedan hacerse ilusorias; y lo serían más de una vez, si el español tuviera que demandar al extranjero en los tribunales de su país.

Debe, además, presumirse que en el caso del artículo quiso el extranjero someterse a los tribunales del país del contrato; pues se obligó dentro de él y a favor de un natural del mismo" Audinet critica el art. 14 del Cód. de Napoleón en los siguientes términos: "El legislador, atendiendo al interés de sus compatriotas y dejándose llevar de un sentimiento de desconfianza hacia los tribunales extranjeros, quiso sustraer a los franceses a su jurisdicción; tal es el motivo del art. 14, que no basta seguramente para justificar disposición tan exorbitante. El interés de los franceses no debe triunfar sobre el derecho de los extranjeros. La equidad y con arreglo a la misma, las leyes de todos los países dan al demandado el derecho a que se le cite ante los tribunales de la nación en que tenga su domicilio. Se le presume libre de toda obligación hasta que el contrincante haya presentado las pruebas, y no le deben imponer los inconvenientes y los gastos de un viaje para responder a una demanda quizá injusta. Asimismo, no hay razón para sospechar de los tribunales extranjeros, al menos de los de aquellos países cuya civilización es, próximamente, la misma que la nuestra; no debe atribuirse a los magistrados franceses el monopolio de la justicia y de la imparcialidad. La disposición del art. 14 es bajo todos los aspectos, injustificable".

De modo, pues, que la disposición XVIII de nuestro Código resulta hoy anacrónico, reato de prejuicios y suspicacias absurdas, y representa una situación de privilegio injustificada *ratione personae* en favor de los nacionales.

Fuera de lo anterior, tenemos que reparar en otra cosa, sobre lo cual ya nos hemos ocupado al comentar el art. XVII. Ello es que si en el artículo XIX, inciso 1º, se estableció la jurisdicción de los tribunales peruanos cuando se trata de cumplimiento de obligaciones a ejecutarse en el Perú, la indicación del art. XVIII estaba demás, como lo está la del art. XVII, por la misma razón,

o sea, que la prescripción del inciso 1º del art. XIX es general, para todo caso, trátase de peruanos o extranjeros, domiciliados o nó.

El artículo XVIII hace una reserva: que el contrato no ver-se sobre objetos que estén prohibidos en el Perú. Nada se ha dicho a este respecto en el art. XVII, de modo que parecería que con relación a esta última la exigencia fuese innecesaria; lo que es absurdo. Lo que pasa es que dicha indicación última del art. XVIII es superabundante, pues en general no puede pedirse el cumplimiento de acto jurídico alguno, se haya celebrado éste en el Perú o en el extranjero, si concierne a objeto prohibido por la ley peruana, según resulta de los arts. III y X, que defienden el orden público dejando sin eficacia lo que se oponga a ello.

El art. XVII sólo concierne a obligaciones contractuales. Desde este punto de vista, tiene un alcance más limitado que el art. 14 del Códice Civil, que conforme a la interpretación jurisprudencial abarca a toda especie de obligaciones (Fuzier-Herman).

El art. XIX señala otros casos que determinan la competencia de los tribunales peruanos. Cuando ellos se presentan, tal competencia se halla expedita independientemente de cualquiera consideración en cuanto a las personas actora o demandada. El art. XIX no está constituido *ratione personae*. Por eso habla de los residentes en el extranjero, estén o no domiciliados en el Perú, comprendiendo tanto a los peruanos como a los extranjeros. Por razón de las relaciones jurídicas sobre las que debe versar el enjuiciamiento, el juez peruano es competente; prescindiéndose de la regla general de *actor sequitur forum rei*.

El inciso 1º considera el caso de cumplimiento de obligación contraída en el Perú o que deba ejecutarse en éste. Es una fórmula amplia que comprende y excede a los supuestos incluidos en los artículos XVII y XVIII, que condicionan la competencia de los jueces peruanos a diversas circunstancias, mientras que el inciso 1º del art. XIX nó; bastando que se pida el cumplimiento de la obligación en el Perú, porque en éste debe ejecutarse la misma. De otro lado, esta última disposición es más amplia que la de los dos artículos antes citados, pues estos últimos hablan de contratos (de obligaciones contractuales) y el inciso 1º del art. XIX

habla de obligación contraída, o sea, que incluye las obligaciones por declaración unilateral de voluntad.

El inciso que ahora comentamos contiene dos hipótesis: el haberse contraído la obligación en el Perú, o el que deba ejecutarse la misma en éste. Ambas explican la competencia del juez peruano, por una sumisión tácita de voluntad. Se presume que las partes que concertaron la obligación, por el simple hecho de haberla convenido en el Perú quisieron que los tribunales de éste fueran los competentes. Y en el caso de que aunque se haya contraído la obligación en el extranjero, ella debe ejecutarse en la República, hay también que presumir que quieran elegir la misma competencia. Es un caso de concordancia con lo indicado en la última parte del art. 1076. Y como se trata de sumisión tácita, si hubiese declaración expresa en sentido distinto, dejaría ser aplicable el inciso 1º del art. XIX.

En el caso de obligación contraída en el Perú, como según el art. VII la ley de competencia material es la *loci celebrationis*, a la ley peruana correspondería tal competencia; y según el inciso 1º del art. XIX también a la ley peruana correspondería la competencia jurisdiccional. Resulta así asegurada una feliz coincidencia, pues como escribe Bustamante y Rivero, "según la doctrina de Asser, el Derecho Internacional Privado debe procurar, en lo posible, que el mismo país a cuyas leyes se otorga competencia para regir una determinada relación jurídica, posea también competencia judicial para conocer de las cuestiones que surjan de ella. En otros términos, que los jueces llamados a resolver las controversias de orden privado internacional, sean los del Estado cuya ley gobierna el acto o contrato origen de la acción. El fundamento filosófico de este principio es obvio. Mientras fuere factible, conviene que el juez llamado a fallar una causa, tenga que aplicar su propia ley y no una ley extranjera, tal vez mal conocida y quizás, en ciertas materias, hasta contraria a los conceptos de orden público de la legislación local".

El art. 56 del tratado de Montevideo prescribe que "las acciones personales debe entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico, materia del juicio. Podrán entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado". La regla ha sido respetada en el proyecto de 1940.

Tratado el punto y con referencia al art. 61 del Código de Procedimientos Civiles italiano derogado, Chiovenda expresa: "en el derecho romano y en el derecho común, el *forum contractus*,

esto es, la competencia especial del juez del lugar donde se había hecho el contrato estaba probablemente determinado por la ventaja que podía tener de que el conocimiento de la causa se hiciera en el sitio mismo donde había surgido la relación jurídica y donde se pueden encontrar las pruebas más fáciles de su formación; ventaja acentuada por la dificultad y lentitud de los transportes y la correspondencia. Obsérvese, sin embargo, que en Derecho Romano, el que el contrato hubiera sido estipulado en un sitio determinado por mero accidente, no bastaba para constituir la competencia especial. En la Edad Media, el *forum contractus* se conservó porque en la infinita variedad de las legislaciones, diferentes del lugar, el juez de aquél en que el contrato se había hecho aparecía como el más capaz de interpretarlo y actuarlo; y también porque las partes que habían contratado en un determinado lugar quedaban sometidas al juez investido de poder jurisdiccional, como de un derecho propio, en aquel lugar". (Chiovenda. —Instituciones de Derecho Procesal Civil.—) Agrega el mismo autor: "El *forum contractus* ha sido conservado por la razón de derechos públicos a que nos hemos referido antes en términos generales; esto es, que el Estado moderno tiende a distribuir entre los litigantes, en porciones aproximadamente iguales, los inconvenientes del litigio, y, en consecuencia, compensa el principio según el cual debe perturbarse al demandado lo menos posible, dando al actor una gran libertad de opción entre los diversos fueros".

En cuanto al caso de obligación que deba ejecutarse en el Perú, no hay tal necesaria coincidencia entre la ley procesal y la ley material aplicable, pues puede haberse contraído la obligación en país extranjero, debiendo recurrirse para la competencia material a la ley de tal país y no a la peruana, toda vez que el art. VII no ha aceptado la norma *loci solutionis*. El Código Bustamante indica en su art. 323 que "fuera de los casos de sumisión expresa o tácita, y salvo el derecho local contrario, será juez competente para el ejercicio de acciones personales el del lugar del cumplimiento de la obligación y en su defecto el del domicilio de los demandados y subsidiariamente el de su residencia". El art. 28 de las "Concordancias" de García Goyena se refiere a este caso de competencia jurisdiccional. Escribe: "esta circunstancia (la relativa al lugar de la ejecución de la obligación) hace presumir que el extranjero reconoció la competencia de los tribunales del reino: y qué juez más competente que el del lugar o país en que necesariamente ha de ejecutarse la obligación?".

Así, pues, la disposición del inciso 1º del art. XIX en cuanto a la indicación de que la obligación deba ejecutarse en el Perú, se apoya en que el ejercicio de la acción haya de hacerse en el lugar mismo donde el derecho, de existir, debería o podría ser ejecutado. Se trata de una prórroga de jurisdicción presunta. (Nosotros no empleamos para este caso la expresión de sumisión tácita, que debe ser reservada para cuando no se declina jurisdicción o no se promueve contienda de competencia, respetando lo indicado en el art. 43 del Código de Procedimientos Civiles). Este *forum destinatae solutionis* está también instituido en el art. 105 del Código de Procedimientos Civiles italiano anterior (art. 4 del 1940), en el art. 62 del español, en el 4 del argentino, en el 269 del alemán. Manresa y Navarro escribe: "si las partes al hacer el contrato determinaron el lugar en que debía cumplirse la obligación, tácitamente se comprometieron a que tuviesen efecto en el mismo lugar todas sus incidencias; y siendo una de ellas el pleito que se suscite sobre su cumplimiento y validez, etc., es consiguiente que el juez de este lugar sea competente para conocer del mismo, y que lo sea con preferencia a cualquier otro. La designación del lugar en que deba cumplirse la obligación, equivale por la ley a la sumisión de las partes al juez de aquel lugar"

El citado inciso 1º del art. XIX en el aspecto ahora destacado, guarda concordancia con lo ordenado en el inciso 1º del art. 45 de nuestro Código Procesal Civil.

El segundo inciso del art. XIX habla de las acciones reales concernientes a bienes ubicados en la República. La disposición conjúgase con el art. VI, que instituye la *lex situs* para todo lo concerniente a los bienes, sean muebles o inmuebles. Dicho inciso 2º no hace tampoco ninguna distinción a este respecto. Por lo demás, una disposición como la que ahora se analiza, es universalmente consagrada. Enseña Chiovenda: "la principal razón de ser del *forum rei sitae* no sirve para las acciones de pura declaración; históricamente estriba en esto: que la ley tiene presente la ejecución que deberá o podrá darse a la sentencia, y puesto que la ejecución relativa a un inmueble no puede llevarse a cabo sino en el lugar también donde está situado el inmueble, atribuye al juez de este lugar también el juicio de conocimiento. Y, en efecto, el *forum rei sitae* no nace en Roma hasta el procedimiento de las

extraordinariae cognitiones, esto es, al sustituirse la condena en dinero por la ejecución en especie, y al convertirse el procedimiento ejecutivo en un apéndice del juicio de conocimiento. Y tan verdad es que el *forum rei sitae* está instituido con vistas a esta función particular, que alguna ley como la alemana, hace de él un fuero no sólo exclusivo sino inderogable”.

Digamos con relación a las acciones reales, que el mismo ordenamiento establecido para ellas funciona para las acciones mixtas, como la *communi dividundo* y la *finium regondorum*.

El inciso 2º del art. XIX tiene su antecedente directo en el inciso 1º del art. 39 del Código Nacional de 1852. El tratado de Montevideo prescribe en su artículo 67: “Las acciones reales y las denominadas mixtas deben ser deducidas ante los jueces del lugar en el cual exista la cosa sobre la que la acción recaiga”. El Código de Bustamante dispone lo siguiente: “Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes muebles, será competente el juez de la situación y si no fuere conocida del demandante, el del domicilio, y en su defecto el de la residencia del demandado” (art. 324). “Para el ejercicio de acciones reales sobre bienes inmuebles y para el de acciones mixtas de deslinde y división de la comunidad, será juez competente el de la situación de los bienes”.— (art. 235). “Si en los casos a que se refieren los dos artículos anteriores hubiere bienes situados en más de un Estado contratante, podrá acudir a los jueces de cualquiera de ellos, salvo que lo prohiba para los inmuebles la ley de la situación. (art. 326).

El inciso 3º del art. XIX respecta a la prórroga expresa de jurisdicción. La estipulación designando los tribunales peruanos, demuestra en forma inequívoca y explícita la voluntad de las partes. Escribe Bustamante y Sirven: “el principio de que en ciertos casos tienen las partes el derecho de elegir su juez en asuntos civiles y el de precisar con anticipación, cuando contratan, cuál va a ser el competente, encuentra en la doctrina y en el derecho positivo una gran aceptación”. Por respeto, pues, a la autonomía de la voluntad se admite este fuero excepcional, que permite intervenir a la jurisdicción peruana en cualquiera acción judicial, pues la disposición no contiene reserva o limitación como sucede, verbigracia, en el Código Bustamante (art. 318), que requiere que uno de los interesados por lo menos sea nacional del

Estado cuya jurisdicción es prorrogada, o que esté domiciliado en él; no procediendo, de otro lado, la sumisión para las acciones reales y mixtas sobre bienes sitos en país distinto.

La anterior cautela de la Convención de La Habana se apoya en el temor de que la prórroga de jurisdicción se haga con propósitos fraudulentos; por lo que exige la nacionalidad o el domicilio de cuando menos uno de los interesados. En cuanto a la exclusión de las acciones reales y mixtas, se comprende sin mayor esfuerzo, porque de otra manera habría contradicción con la regla que subordina las mismas a la ley procesal de la situación de los bienes. Esta dificultad podría presentarse respecto al art. XIX, si la jurisdicción voluntariamente prorrogada fuese la peruana y la acción real versase sobre un bien ubicado en país extranjero. Tendría entonces que preferirse la aplicación del inciso 3° del art. XIX (art. 332 Código de Bustamante).

El inciso que comentamos sólo habla de sumisión expresa; lo que quiere decir que no se admite la sumisión tácita. Esta es diferente de la sumisión presunta considerada en el inciso 1° del art. XIX. La sumisión tácita se entenderá hecha, como lo indica el Código de Bustamante (art. 322), "por el demandante con el hecho de acudir al juez interponiendo la demanda, y por el demandado por el hecho de practicar, después de apersonado en el juicio, cualquier cuestión que no sea proponer en forma de declinatoria. No se entenderá que hay sumisión tácita si el procedimiento se siguiera en rebeldía". Esta sumisión, según el mismo Código, está sujeta a las limitaciones indicadas en el art. 318.

En el proyecto de Montevideo de 1940, siguiendo al Código de Bustamante, se ha tenido cuidado de advertir que la voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta. Bustamante y Rivero, autor de la ponencia, explica y justifica esta exigencia en la siguiente lúcida forma: "sin embargo, la delegación del Perú hizo notar que la nueva fórmula era, todavía, demasiada amplia; pues cabía dentro de ella la prórroga presunta de la jurisdicción, en los juicios que se siguieran en rebeldía del demandado; lo cual, a su juicio, entrañaba un gravísimo peligro". "En materia procesal, agregó Bustamante y Rivero, la voluntad de las partes puede ser manifestada en forma positiva o en forma presunta. Se manifiesta positivamente cuando ambas partes convienen en someterse a un juez incompetente, o cuando el demandado, sin oponer declinatoria de jurisdicción, contesta la demanda; pero la voluntad es sólo presunta cuando el juicio se si-

gue en rebeldía del demandado. Según las normas del procedimiento en rebeldía, la ley presume que el demandado que no ha salido a juicio dentro de los términos legales, acepta voluntariamente la competencia del juez ante el cual ha sido emplazado. Ahora bien, dada la realidad judicial de varios de nuestros países americanos, esa presunción legal puede resultar falsa y perjudicial en muchos casos. Ocurre no pocas veces que el demandado de mala fé escoge deliberadamente como lugar de radicación del juicio aquél que a él le conviene, sea porque ahí el régimen de los trámites o de las pruebas le acomoda mejor, o porque en ese lugar sus influencias personales le auguran mayor éxito, o por otra causa cualquiera. En este orden de posibilidades, y ya en el campo internacional, puede ocurrir que el actor escoja para entablar su demanda un país al cual no puede llegar fácilmente la acción del demandado para declinar de jurisdicción, ya por razón de la distancia, ya por el defectuoso libramiento de exhortos, etc. Entonces, ese demandado no formulará, probablemente, su excepción de incompetencia; y al ser declarado rebelde, quedará, por obra de la presunción legal, en la condición de aceptante de una jurisdicción que en realidad y que seguramente no le conviene. La verosimilitud de este peligro, arraigada en la observación de nuestra propia realidad, demuestra la imprudencia de esta clase de prórroga jurisdiccional. Así lo comprendió, sin duda, el Código de Bustamante cuando en su art. 322 establece que "se entenderá por sumisión tácita la del demandado que practica, después de apersonado en el juicio, cualquier gestión que no sea proponer en forma la declinatoria; PERO QUE NO SE ENTENDERA QUE HAY SUMISION TACITA SI EL PROCEDIMIENTO SE SIGUIERA EN REBELDIA". A esto se agrega que, según se ha puesto de manifiesto en el curso de la discusión, en materia internacional se debe restringir el ámbito de la autonomía de la voluntad en aras del interés de los Estados".

El delegado argentino doctor Moyano apoyó la observación de Bustamante y Rivero, y propuso que, en consecuencia, el nuevo acápite agregado al art. 56 del Tratado de 1889 fuese adicionado en esta forma: "La voluntad del demandado debe expresarse en forma positiva y no ficta". El art. 56 del proyecto fué aprobado con tal redacción.

Con las reglas consignadas en el Código Civil sobre competencia jurisdiccional se relacionan algunos artículos del Código de Procedimientos Civiles, como son los arts. (40 y s.) 1158 a 1160.

Efectivamente, los artículos XIV, XVII, XVIII y XIX más que reglas de derecho internacional, civil, son reglas de derecho procesal internacional, que determinan la competencia de los tribunales peruanos en ciertos casos. Sobre otros no se indica nada en nuestro Código Civil, y hay que recurrir al Código de Procedimientos Civiles, en los numerales citados.

Una última indicación conviene hacer respecto al art. XIX, aunque ya la hemos puesto de manifiesto anteriormente. Ella es que hablando del residente en el extranjero, éste puede hallarse o no domiciliado en el Perú. Si él es citable hallándose en el extranjero y no estando domiciliado en el Perú, con mayor razón lo será si se encuentra en el Perú, esté o no domiciliado, y nada importa que se trate de un peruano o un extranjero. El art. XIX está estructurado con prescindencia de toda consideración *ratione personae*.

Art. XX.—“La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana”.

Referencias: Digesto, Lib. XXI, tit. 2, ley 6; Codex, lib. VI, tit. 32, ley 2; Código Alemán, ley de introducción, art. 11; español, 11; chileno, 17 y 18; colombiano, 21 y 22; argentino, 12; uruguayo, 6; Tratado de Montevideo, arts. 37 y 39; Código Bustamante, arts. 402, 180; holandés, 10; ley polaca de 1926, arts. 5 y 6; brasileiro, 9, inc. 1º; mejicano, 15; guatemalteco, 18; venezolano, 11; mejicano, 15; japonés, 8; italiano, 26.

El artículo XX se preocupa de la formalidad extrínseca. Se habla con respecto al acto jurídico de formalidades intrínsecas, habilitantes, procesales, y extrínsecas, de publicidad.

A las primeras, elementos "viscerales", se les llama impropia-mente formalidades, pues representan datos constitutivos del acto, es decir, que integran su contenido mismo. Así la capacidad, el consentimiento, el objeto, la causa, la tradición en ciertos casos para el nacimiento de derechos reales. Estas impropia-mente llamadas formalidades están sujetas o pueden estar sujetas a norma de remisión diferente a la de la forma como elemento meramente extrínseco del acto; están bajo la vigencia de la *lex causae* respectiva.

La formalidad habilitante tampoco se confunde con la in-trínseca. Aquélla, de simple homologación, tiene por objeto fa-cultar la realización del acto por quienes sufren cierta *capitis di-minutio*, y en este sentido se regula por la *lex personae* corres-pondiente.

En cuanto a las formalidades de publicidad, "tratándose de disposiciones dictadas en interés de tercero y para seguridad del crédito público, se refieren a la organización de la propiedad y dependen del estatuto real" (García Gastañeta).

Las formalidades que se conocen como de ejecución, perte-necen al derecho procesal y, por lo tanto, caen bajo el dominio de la *lex fori*.

Las llamadas formalidades extrínsecas son aquellas que de-ben revestir los actos jurídicos, por razón de solemnidad o de prueba, y son necesarias a aquéllos para su existencia o para mostrar su existencia. A estas formalidades es a las que concier-ne la regla del art. XX.

Bustamante y Rivero tratando el punto con su característi-ca ilustración, distingue entre solemnidad de los actos y formas instrumentales. Escribe: Llámense "solemnidades de un acto o contrato a las formalidades externas que la ley exige para su celebración, de un modo tan imperativo, que la ausencia de ellas determina la nulidad o invalidez de aquél; v. gr.: la presencia del Alcalde o de su Delegado en el matrimonio civil, la existencia de documento escrito en el reconocimiento de hijo ilegítimo, la constancia en escritura pública del contrato de hipoteca, etc. Ca-sos de solemnidades o formas solemnes son los previstos en los arts. 114 a 116, 683, 684, 687, 689, 694, 1005; 1012, 1122; 1340, 1474, acápite segundo y tercero, 1541, 1608, 1633; 1689, 1750, y 1776 del Código Civil del Perú. En todos los casos ante-riores citados, las solemnidades, a pesar de consistir en signos o hechos extrínsecos al acto o contrato mismo, afectan por manda-

to de la ley a la sustancia de éste, en el sentido de que depende de ellas su validez o nulidad. Son, si se permite la expresión, *formas integrantes del fondo* del acto o contrato. De ahí su nombre de "formas solemnes". La ley las exige, por la razón de orden público, en aquellos casos en que, dada la importancia social del acto o su trascendencia en la vida civil, es preciso garantizar y sellar su autenticidad y fidelidad. Las *formas instrumentales* son otra cosa. De los diversos actos o contratos susceptibles de producirse en derecho, hay unos que se hacen constar mediante instrumentos escritos, y otros de un modo simplemente verbal. Llámase "formas instrumentales" al conjunto de requisitos exteriores que deben reunir, no ya los actos o contratos en sí, sino los instrumentos o documentos en que ellos están contenidos; v. gr.: el empleo del registro notarial, del papel sellado y de los testigos en las escrituras públicas, la intervención de un determinado número de testigos en las memorias testamentarias privadas, el uso de tal o cual tipo de papel sellado en los testimonios de notaría o en los actuados judiciales, etc. Los arts. 43 a 46, 49, 52, 53, 54, 60, y 61 de la Ley de Notariado del Perú, contemplan entre otros, algunos casos típicos de "*formas instrumentales*".

El art. XX parece distinguir las dos clases de formalidades, así discriminadas por el eminente jurista, al hablar primero de "la forma de los actos jurídicos" y en seguida "de los instrumentos".

Es principio unánimemente admitido que la forma del acto jurídico se rija por la regla del *locus regit actum*, es decir, por la ley del lugar de la celebración del acto. Esa ley determina, con relación a cada país, cuáles son las formalidades y la clase de instrumentos que se emplearán para el acto respectivo.

La *lex loci actus* no aparece consagrada en el derecho romano; la forma de los actos debía adecuarse a las indicaciones de la ley romana. Con los post-glosadores, sobre todo con Bartolo, se erige el principio como una derogatoria al estatuto personal.

La escuela estatutaria de D'Argentré aplicó a esta materia el estatuto real. Fué Dumolín quien, sobre todo por razones de orden práctico, defendió el principio del *locus regit actum*, que hoy se ha generalizado. Story percibía en él, para explicarlo, una sumisión voluntaria a la ley del país en que surgía el acto. Pero,

sobretudo, se destacan las necesidades de orden práctico que hacen imprescindible la *lex locus*. Sería en realidad difícilísimo, sino imposible, que una persona en su país utilizara forma distinta, remitiéndose a otra desconocida en el lugar en que el acto se verifica. Se estaría frente a dificultades inexplicables, como dice Pillet. La voluntad, pues, tiene que manifestarse natural, lógicamente, en la forma conocida del lugar en que aquélla se presenta. "El instrumento—dice en expresión feliz Niboyet— es la fotografía del acto". Y Bullenois indicaba que los actos son hijos de la ley, ciudadanos del lugar donde han nacido, debiendo estar vestidos a la usanza del país respectivo.

La regla *locus regit actus* se aplica para los actos auténticos y con relación a los actos solemnes que requieren instrumento público, o a otros actos que exijan instrumento privado.

En cuanto a los primeros, en que interviene un funcionario público, para autenticar y, en cierta manera, realizar el acto mismo, es indiscutible la necesidad de que opere la regla. Sería imposible en el hecho que una forma distinta se utilizara; la persona para realizar el acto en otra forma, empleada en país distinto, tendría que trasladarse a éste último.

Tratándose de actos solemnes en que se requiere instrumento público, también resalta la necesidad de que se utilice la forma del lugar de la celebración del acto. La forma prescrita en otro país podría ser desconocida, y al interesado no le quedaría otro medio que trasladarse al mismo. Respecto de estas formalidades incidentes en actos solemnes, se presenta la cuestión de que no estando impuesta tal formalidad en el país de producción del acto y sí en otro país, donde el acto deba tener su efecto, tenga o nó valor en éste último dicho acto, respecto al cual no se usó la formalidad. Así, si en el país A no se exige la escritura pública para la constitución de la renta vitalicia, o para sociedad, o para fundación, y sí en el país B, en el país en que quiera hacerse ejecutar el acto, ¿se reconocerá validez de dicho acto en el país B? Según el Código Bustamante, nó; pues el art. 180 dispone: "Se aplicarán simultáneamente la ley del lugar del contrato y la de su ejecución, a la necesidad de otorgar escritura o documento público para la eficacia de determinados convenios, y a la de hacerlos constar por escrito". En idéntico sentido hallamos el art.

II, segunda parte del Código de Venezuela. Juzgamos la decisión injustificada. Como dijimos antes, la cuestión previa a determinar sobre si un acto debe estar premunido de solemnidad determinada, corresponde a la propia ley basada en el principio de *locus regit actum*. Negar en el país de importación validez al acto realizado en otro, si éste no exige formalidad, es transformar la cuestión en una estrictamente territorial, con desconocimiento de un derecho adquirido. Si el orden público no está interesado, no hay razón para tal desconocimiento. La doctrina, pues, en general establece que el acto valga en la hipótesis que analizamos. No coincidimos con García Gastañeta cuando piensa que con respecto al Perú, a lo anterior se opone el art. 407 del C. de P. C., que dice: "Si la ley exige como solemnidad de un acto, el otorgamiento de un instrumento público, éste es el único medio para probar la realidad y legitimidad del acto". Este precepto concierne sólo a actos celebrados en el Perú; es de derecho interno.

Tratándose de documentos privados, también es pertinente la regla *locus regit actum*. El problema planteado con relación a los instrumentos públicos, sobre la no exigencia de formalidad instrumental en el país de celebración del acto y sí en otro país, el de ejecución, tiene que resolverse ahora, en cuanto a los documentos privados, de modo igual al antes indicado para los instrumentos públicos. Y aquí con mayor razón, pues si la exigencia no debe prevalecer para documentos públicos, menos existirá para los privados. Con referencia a este punto de la *lex loci actus* en cuanto a los documentos privados, es pertinente recordar lo ordenado en el art. 410 del C. de P. C., que dice: "Los documentos privados pueden otorgarse en cualquier forma o idioma salvo disposición contraria de la ley". Mes, conviene advertir que en general se preceptúa que la letra de cambio debe estar conformada a los requisitos extrínsecos de la ley local.

Por todo lo anterior expuesto parece casi innecesario consignar que la fuerza probatoria de un documento es la que se concede en el país de su otorgamiento, si el mismo está arreglado a la forma preceptuada por la ley de ese país. Esta conclusión sufre excepción cuando hay legítimos derechos de terceros, que podrían resultar lesionados (así, preferencia de graduación de

créditos, preeminencia de la escritura pública sobre la privada, prelación en cuanto a escrituras públicas por sus fechas).

Algunas legislaciones, muy celosas de su prerrogativas territoriales, no aceptan la validez formal del acto constitutivo de derecho real, así se acomode a la ley local, si no está concorde con la *lex situs*. Así ocurre, además de la E. G., con la ley polaca y la jurisprudencia suiza en cuanto a cosas ubicadas en el *forum* (Rabel).

Pero, en general, si el declarante se acoge a la forma requerida en el *locus*, al acto no puede negársele su validez, como lo sostienen Fiore y Surville, por motivo de una posible evasión intencionada de la ley propia del acto. Pero si se comprueba que *exprofeso* se ha elegido la *lex locus*, para conseguir así evasión de la ley pertinente intrínsecamente, o sea, incurriéndose en un fraude a la misma, la nulidad se impone, como lo remarcan Despagnet y Pillet.

Con relación a la regla *locus regit actum* se presenta la cuestión de decidir si ella es imperativamente obligatoria, o simplemente facultativa. Esta pregunta sobre todo se presenta concierne a los contratos.

Si la regla es imperativa, significa que sólo tal ley, la del país de la celebración del acto, es la pertinente, de tal suerte que el acto es inmediatamente inválido por no obedecer a tal ley en cuanto a la formalidad. Si es facultativa, significa que puede prescindirse de la ley *loci actus*, si el acto en cuanto a su formalidad se adecúa a otra ley que tiene conexión natural o legítima con el acto (estatuto personal, estatuto de efecto).

La doctrina antigua sostenía el carácter imperativo de la regla. Modernamente se admite el carácter facultativo de la misma; de suerte que la forma del acto puede convenir con la impuesta por la ley del lugar de su celebración, o también con otra ley que tenga alguna pertinencia con el acto, como puede ser la ley personal de los participantes en el mismo, la ley de su ejecución, o la *lex causae* que es propia de él, o la *lex fori*. Pero se indica que no todas estas leyes pueden ser invocadas indiferentemente, sino alguna de ellas. No obstante, el art. 26 del Código Italiano, menciona indistintamente a más de una ley, amén de la *loci actus*.

Laine se hizo campeón del carácter imperativo, es decir, irrefragablemente obligatorio del principio *locus regit actum*. Recalcaba que éste se originó por motivos de orden práctico, por conveniencia, y que su admisión general condujo a atribuirle tal sentido imperativo. Una dificultad resultará de este último, en cuanto cabe preguntar qué pasará si la ley del lugar de la celebración no conozca del acto, no siendo posible, por lo tanto, que él se produzca. Una posición más liberal es la que se adopta haciendo de la regla una meramente facultativa. En esta hipótesis, "la *lex causae*—como escribe Rabel—es estimada que rige en primera instancia, pero si sus requerimientos formales no han sido cumplidos, la validez del acto queda a salvo por condescendencia de ley local".

El Código de Italia (art. 26) permite considerar, fuera naturalmente de la *lex locus*, también la que rige la substancia del acto (estatuto de efecto), la nacional del disponente o de los contratantes si es común. Pillet ha prohijado que se admita la ley personal, y Despagnet hace lo propio, pero no en relación a los actos auténticos. Acepta la *lex solutionis* el Código de Guatemala (art. 18). Según el Tratado de Montevideo el mismo principio es aplicable para todo lo que concierne a los contratos, cuando el contrato conste por instrumento privado (art. 39).

La jurisprudencia inglesa examina si el acto choca o no con la ley del lugar de la celebración, pero esta comprobación sólo se justifica porque su adecuación a ella se demanda *utilitates causa*. De esta manera, si la forma del acto no se ajusta a la ley de dicho lugar, pero sí a la *proper law of the contract*, éste no es nulo. (Barbey). En el Proyecto Bibiloni se propone esta fórmula: "las formas de los actos jurídicos y de los instrumentos públicos y privados, serán regidos por las leyes del lugar en que se hubieren celebrado, pero si fuesen otorgados en el extranjero con las solemnidades prescritas en este Código, o ante funcionarios diplomáticos o consulares de la República, serán válidos aunque no llenasen las exigencias de la ley extranjera". La fórmula del Proyecto argentino de la Comisión Reformadora es la siguiente: "Las formas de los actos jurídicos quedan sometidas a las leyes del lugar, pero los otorgados en el extranjero, con las solemnidades prescritas en este Código o ante los funcionarios diplomáticos o consulares de la Nación serán válidos aunque no llenaren las exigencias de la ley local" (art. 5). Resulta que basta que armonice el acto en cuanto a su forma con la ley argenti-

na (que en el supuesto dado es la *lex fori*, para que tenga eficacia. En efecto, no sólo es suficiente que se adecúe a dicha ley cuando es practicado ante agente diplomático o consular argentino, sino también en otro supuesto independiente: si se cobija bajo "las solemnidades prescritas en este Código".

Por la acogida de la *lex causae* se pronuncian muchos regímenes legales modernos. En primer término citemos al B. G. B., que en su art. 11 (ley de introducción) consagró la regla respectiva. Dice así: "la forma de un acto jurídico se determina conforme a la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Bastará, no obstante, que se observe la ley del lugar en que se produce el acto". La ley polaca (art. 5) habla también de la ley a que el acto está sometido en cuanto a su "substancia". El Código italiano, (art. 26), como hemos tenido ocasión de verlo antes, también hace mención de dicha "substancia". Y el art. XX de nuestro Código señala la ley "que regula la relación jurídica objeto del acto". El Código japonés (art. 8) se remite a la ley "que determina el efecto del acto" y en su defecto a la *lex loci actus*.

Otros Códigos se han estructurado conforme al criterio antiguo, de la aplicación forzosa del principio *locus regit actum*. Así ocurre en el Código argentino (art. 12); chileno (art. 17); español (art. 11); venezolano (art. 11), entre otros. El art. 15 del Código mexicano también se somete al mismo principio; pero permite que la forma del acto se adecúe a la prevista en el Código mexicano, cuando aquél tenga ejecución en México.

Es sesudo el criterio de acuerdo al cual la presentación extrínseca del acto debe estar sujeta al estatuto de efecto, (y alternativamente a la *lex loci*). Suscribimos la reflexión de Dreyfus: "hay una verdadera indivisibilidad entre las exigencias del legislador en cuanto al fondo y en cuanto a la forma: son dos aspectos inseparables de una sola organización jurídica".

En el art. XX de nuestro Código la regla del *locus regit actum* se halla instituída con carácter facultativo, pues el criterio es optativo entre dicha regla y el estatuto de efecto. De este modo, nuestro Código sigue en este punto netamente la inspiración del Código alemán (art. 11). En éste aparece la referencia a la *lex contractus* en primer término, y después la indicación de la

lex loci actus, mientras que en nuestro artículo XX acontece lo inverso, en cuanto al orden de presentación de los dos términos de referencia.

La determinación de cuál es la ley propia de la relación jurídica objeto del acto es, como dice Staudinger, del giro de la ley alemana (en nuestro caso, de la ley peruana). Se trata, pues, de una cuestión de calificación, inherente a la *lex fori*. Así, para lo referente a la capacidad y estado civil, a los derechos de familia y relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges, se tendrá en cuenta la norma designada en el art. V, la del art. VI para los derechos reales, la del art. VII para las obligaciones convencionales, la del art. VIII para la sucesión por causa de muerte, la del art. IX para la existencia y capacidad de las personas jurídicas de derecho privado.

Según Staudinger también el art. 11 de la E. G. del Código alemán permite conferir validez a un acto respecto al cual la *lex loci actus* ninguna forma ordena, en tanto que ésta es impuesta por la *lex contractus*.

Quiere decir que lo que se busca es salvar al acto de la nulidad por defecto de forma, aplicando de las dos leyes la menos rigurosa. Por eso Staudinger enseña que si la *lex loci actus* no impone formalidad alguna y sí la *lex contractus*, tiene aplicación el art. 11, para validar el contrato y, así, las partes para evadir la formalidad podrían trasladarse a otro lugar en que tal formalidad para el negocio no se exigiera. En consecuencia, "para la apreciación sobre la pregunta de si la forma necesaria para el negocio jurídico está cumplida, debería ella tenerse en cuenta en uno de los casos indicados en el art. 11, ya la *lex loci actus*, ya la *lex contractus*; se deberá enjuiciar en ambas direcciones los efectos de la carencia de forma (si por ejemplo, la consecuencia es nulidad o impugnabilidad) y aplicar aquella ley conforme a la cual el negocio jurídico en la mejor manera puede mantenerse (*favor negotii*)".

Del art. 11 de la *Einführungsgesetz*s queda excluido lo referente a la forma del matrimonio celebrado en Alemania, que deberá atenerse siempre a la ley local (art. 13, párrafo 3º), y lo referente a un negocio jurídico que concierna a un derecho real (art. 11, parte segunda).

Hay así varios casos que, hablando en términos generales, no consienten en que se prescindan del principio de *locus regit formam*. Así, tratándose de actos auténticos que conciernen a

relaciones no contractuales (partidas de registro de estado civil); de formalidades de publicidad en cuanto a derechos reales; de la forma de los cheques y letras de cambio (Convención cambiaria de Ginebra, de 1930). El Código Civil italiano (art. 16) refiere la forma del negocio jurídico no sólo a la ley del lugar en que se realiza y a la que "regula la substancia del acto", sino también a la ley nacional del disponente o de los contratantes, si es común. Esta última indicación la juzga Crespalani acertada, sea para no crear un distanciamiento muy acentuado entre la nueva forma y la vigente, sea para favorecer a los nacionales en el caso que hallándose en el extranjero reputasen más cómodo seguir la forma presente en la ley nacional (esto es, italiana) y no la ordenada en la ley local.

Pongamos, ahora, de manifiesto algunos supuestos en los que cabe que funcione el art. XX, en cuanto a la alternativa que indica. Y digamos que la opción puede funcionar, sea que se trate de dos regímenes extranjeros ambos, o de dos regímenes, uno de los cuales sea el peruano. De tal manera que si el acto se celebra en el Perú y adolece de un vicio formal se puede invocar, para validarlo, una ley de otro país, si ésta es la que rige la relación jurídica materia del acto; y si el acto se ha celebrado en país extranjero y no obedece a la formalidad impuesta en él mismo, se le puede reconocer eficacia en cuanto se ajusta a la forma instituida por la ley peruana, si ésta es su *lex causae*. Los ejemplos que podemos indicar son los que enseguida exponemos, entre otros. Se celebra en España una capitulación matrimonial sin acomodarse a las formalidades de la ley española, siendo los contratantes dos personas domiciliadas en Francia y ajustándose el acto a las formalidades de la ley francesa: se aplicará esta última (art. V). Se pacta en el Perú, por dos peruanos, una obligación convencional, expresándose que será la ley de otro país la que se aplicará, por razón de la autonomía de la voluntad; así el contrato no esté de acuerdo a la ley peruana en cuanto a su forma, es válido si está de acuerdo con la forma preceptuada por la ley del país extranjero escogida por las partes. Se produce en Colombia una memoria testamentaria por extranjero domiciliado en el Perú, y ella no se adecuaba a las formalidades de la ley colombiana, pero sí a las de la ley perua-

na: el testamento es válido (art. VIII). Si se celebra en Alemania un acto de disposición (no acto de obligación, previo a la disposición) sobre un inmueble situado en Suiza, y aquél no está conforme con la forma prescrita en Alemania; pero está en concordancia con la señalada por la ley suiza: el acto tendrá validez.

La remisión del art. XX a la *lex causae* y a la *lex loci contractus* sin reserva alguna, evita hesitar sobre qué formalidad debe revestir el acto cuando se trata de uno que importe un título adquisitivo de derecho real. En el art. 11 del C. E. G., como lo hemos advertido antes, hay la conexión directa y forzosa con la forma de la *lex situ*.—Lo mismo aparece del Restatement: "The formalities necessary for the validity of a conveyance of an interest in land are determined by the law of the estate where the land is". (No. 217) "The formal validity of a conveyance of an interest in a chattel is determined by the law of the state where the chattel is at time of the conveyance". (No. 256).

Igual cosa deriva del art. 10 del C. argentino; aceptando la doctrina de Story que coincide en esto con Savigny (Gorostia-ga). Pero la indicación sobre la aplicación de la ley de la situación del bien sólo tiene lugar en cuanto a él mismo es inmueble, pues, "en cuanto a los derechos reales constituídos sobre cosas muebles, rige el adagio, *locus regit actum*, no sólo porque el codificador no ha señalado ninguna reserva al respecto, sino en atención al carácter amplio y general de la regla".

En el Perú no cabe que se presente la cuestión sobre la forma necesaria a utilizar cuando se trate de un acto jurídico (título para adquirir) constitutivo de un *jura in re*. No es aplicable la *lex situs* necesariamente, como en las legislaciones antes citadas, sino alternativamente; sólo como consecuencia que el art. VI determina como estatuto de efecto para los bienes dicha ley. Alternativamente expresamos; es decir, al lado de la ley dada por el *locus regit actum*, según lo ordenado en el art. XX.

Tampoco puede haber duda sobre la forma a que se ha de recurrir tratándose de testamento. Story se pronunciaba por la *lex rei sitae*. Tal lo que prescribe el Tratado de Montevideo (art. 44). La doctrina francesa se pronuncia por la vigencia de la ley del lugar de la celebración del acto. De acuerdo al art. VIII, sólo la validez intrínseca del testamento se rige por la ley personal del *de cujus*; de modo que en cuanto a la validez intrínseca

se aplica las normas de conexión indicadas en el art. XX, entre las cuales no está la *lex situs*.

La segunda parte del art. XX dice que "cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú, se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana".

En el anteproyecto de Babiloni se agrega el art. 12 del Código argentino sobre las formalidades de la ley argentina en actos celebrados ante los funcionarios diplomáticos. "Se trata, escribe Gorostiaga, de una solución que se apoya en el carácter facultativo de la regla y que ha sido consagrado por muchas legislaciones con el propósito, casi siempre de amparar a sus súbditos, en aquellos actos celebrados por ellos en el extranjero; pero destinados a producir efectos en su propio país de origen".

Fiore hace referencia a la concepción de Foelix y de Maier, de la extraterritorialidad aplicada a esta situación para criticarla, pues no la considera bien fundada en derecho, no siendo difícil "demostrar que la ficción de la extraterritorialidad, tal como exageradamente la han concebido los publicistas, no puede justificarse".

No parece, efectivamente, necesario recurrir a la tesis de la extraterritorialidad. Matos escribe: "La competencia de los agentes diplomáticos y de los cónsules no debe atribuirse en manera alguna a la ficción de extraterritorialidad, como han pretendido algunos publicistas; ficción inútil, vaga y por ende peligrosa, como acertadamente la califica Bonflis. Son las mismas razones que sirven de fundamento a la regla *locus regit actum* las que justifican dicha competencia, pues cuando no concurren las consideraciones de necesidad que obligan a aceptar como válidos los actos realizados en el extranjero, de acuerdo con la ley local, pueden los interesados recurrir a las leyes de su propio país. Con tal objeto, se reviste a los funcionarios nacionales en el extranjero, de la competencia necesaria para que intervengan como oficiales públicos en los actos de sus respectivos compatriotas y les confieran la autenticidad debida, no conforme a ley del lugar del acto, sino a la del país del propio funcionario, con ventaja y facilidades indiscutibles para los interesados, que estarán así seguros de la validez y fuerza probatoria de sus actos. De aquí se deduce que dichos funcionarios sólo son competentes tratándose de sus respectivos nacionales. Sin embargo, en convenciones celebradas por algunos Estados, se ha estipulado que esos funcionarios pue-

den autorizar actos de sus nacionales con extranjeros, cuando son relativos a bienes situados en el país del cónsul”.

Y Antokoletz explica que “cada Estado determina si sus funcionarios consulares tendrán o no funciones notariales o de escribano público. De todos modos, los actos e instrumentos públicos autorizados por los Cónsules, en ese carácter, no surten efectos legales sino en el país de quien el Cónsul ha recibido su designación. En cuanto al Gobierno del país de la residencia, tiene el derecho de desconocer la validez de los actos normativos autorizados por un Cónsul extranjero o darles el valor de simples documentos privados; especialmente en materia de inmuebles, que se rigen por la ley de su situación o *lex loci*”. Agrega: “las funciones notariales de los cónsules tienen fundamentos legales y económicos. Los actos jurídicos requieren condiciones de validez que varían de un país a otro y cuyos detalles sólo conocen los escribanos nacionales. Los Cónsules hacen las veces de escribanos y redactan las escrituras públicas de conformidad a las leyes de su país. De este modo, los nacionales residentes en el extranjero se hallan en condiciones de realizar contratos y transacciones de orden económico sobre bienes situados en el país de origen, sin tropiezos de ninguna especie”. Y refiriéndose a las funciones relativas al estado civil, el mismo autor anota que “los Estados consideran las leyes que rigen el estado civil de las personas como leyes de orden público. Los nacimientos, las defunciones y los matrimonios son controlados en cada país por sus autoridades propias de acuerdo con la regla “*locus regit actions*”. Un Cónsul puede anotar o transcribir en sus registros las actas de estado civil relativas a sus connacionales, a fin de transmitir copia al Estado de quien depende. Algunas legislaciones lo autorizan a desempeñar las funciones de oficial de registro civil; pero hay que tener presente que las actas de estado civil autorizadas por el Cónsul sólo producen efectos legales en su propio país, no en el país de su residencia. Tal es el caso, especialmente en materia de matrimonio celebrado ante un Cónsul extranjero en los países que tienen organizado el registro civil. Los funcionarios consulares de Bélgica, Francia, Italia Suiza, por ejemplo, están autorizados a celebrar matrimonios entre personas de su nacionalidad, o entre un nacional y una extranjera; los matrimonios así realizados son válidos en Bélgica, Francia Italia o Suiza; pero se consideran nulos en la República Argentina, si se han celebrado en ella”.

Lapradelle y Niboyet agregan esta razón para justificar la competencia de los funcionarios de que ahora se trata: "si ellos practican tales actos en la forma de su propia ley, es porque un funcionario público no puede en el ejercicio de su ministerio, seguir otra ley que no sea la del país que lo ha instituido y que regula sus atribuciones".

Compete a cada Estado determinar si sus funcionarios diplomáticos y consulares tengan funciones de registradores de estado civil y funciones notariales. De cualquier modo, los actos o instrumentos autorizados por el medio ahora tratado, sólo valen en el país de quien el funcionario ha recibido su designación; en cuanto al país donde él mismo está acreditado, puede desconocerles el valor de actos auténticos o de instrumentales públicos y reputarlos como simples documentos privados. De otro lado, el peruano residente en el extranjero que celebre algún acto, o la persona que en país extranjero celebra un acto a ejecutarse en el Perú, pueden no recurrir al agente diplomático o consular peruano, sino utilizar la *locus regit formam*; y el acto valdrá en el Perú.

El art. 699 del Código indica que "los peruanos en país extranjero podrán testar ante el agente diplomático o consular del Perú, observando las disposiciones de este Código". La disposición es superabundante dada la autorización general establecida en el art. XX.

Con el numeral de que ahora nos ocupamos, guardan relación los artículos 163 y 182 del Reglamento Consular, que en seguida se transcriben:

Artículo 163º.—"Los funcionarios consulares en el servicio exterior tienen fé pública y se hallan capacitados, dentro de la jurisdicción del Consulado a su cargo, para autorizar todos aquellos actos destinados a producir efectos en el Perú".

Artículo 182º.—"Los funcionarios consulares pueden extender testamentos públicos y autorizar testamentos cerrados. Cuando se autorice un testamento cerrado, deberá transcribir el contenido de la cubierta en el Registro de Escrituras Públicas, que firmarán el testador, los testigos y el funcionario consular".

Art. XXI.—"Los jueces no pueden dejar de aplicar las leyes".

Este artículo está íntimamente vinculado con el XXIII. El comentario que nos merece será, pues, desarrollado al ocuparnos del último.

Art. XXII.—"Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, se prefiere la primera".

No se halla en general en los Códigos una disposición como la que es objeto del número XXII del nuestro. Se trata de un punto que pertenece más bien al Derecho Político, y por eso las Constituciones de varios países hacen la declaración pertinente. Así, se comprueba en relación a la de Irlanda (art. 16), Rumanía Austria (art. vbgkqj vbgkqj vbgkqj vbgkqj vbgkqj vbgkqjv nía (art. 103), Grecia (art. 5), Checoeslovaquia (art. 54, No. 13), Austria (art. 140). También fué instituída en la espauola de 1931 (art. 100). En América puede citarse la de Colombia (art. 149 y 150), Venezuela (art. 123), Uruguay (art. 232 y 234), Chile (art. 86, inc. 2°), Cuba (art. 40 y 194).

Como es sabido, la regla funciona en los Estados Unidos, como un derecho de los jueces de vigilar por la supremacía de la Constitución. Por lo demás, la intervención de la Alta Corte de Justicia se limita a un estricto control judicial. Escribe Rabasa: "su actuación se limita a no aplicar la ley o no dar efecto al acto impugnado, en el caso particular sobre el que verse la controversia relativa a la constitucionalidad de la una o del otro. Por otra parte, el poder judicial carece de "iniciativa" y, por tanto, no puede "espontáneamente" entrar al examen de la constitucionalidad de una ley normalmente expedida sino hasta el momento en que tal disposición se aplica en la práctica a un caso concreto y una persona se queja de su desconocimiento del tribunal que debe resolver la cuestión planteada. Por tanto, se requiere, para que el juez del conocimiento emita su fallo, un litigio formal planteado entre él; que una de las partes invoque la ley o el acto

de que se trata y la otra lo tache de inconstitucional. Por último, el ejercicio de la facultad por el poder judicial no significa que los jueces impongan su criterio sobre la voluntad nacional manifestada a través del ejecutivo y legislativo, sino simplemente el desempeño de una función que atañe al poder judicial, y que consiste en resolver los conflictos de leyes diversas que puedan suscitarse. En efecto, cuando existen leyes contradictorias aplicables a caso concreto, el juez debe decidir cuál de ellas prevalece sobre los demás; por consiguiente, si se plantea un conflicto entre una ley ordinaria y un precepto de la Constitución, es obligación del juez dar preferencia en la aplicación al segundo y no a la primera, desde el momento en que la Constitución es de jerarquía superior y está por encima de las leyes ordinarias”.

“En Francia, escribe Guetzevich, como es sabido, los textos constitucionales no establecen ese control jurisdiccional; no obstante, la doctrina francesa juzga posible tal control, incluso para los países donde no hay disposiciones constitucionales al efecto; su concepción, sumamente sencilla y clara, descansa en que el juez ha de aplicar ya las leyes constitucionales, ya las ordinarias; pero en caso de conflicto entre las dos legislaciones no puede dejar de dar preferencia a las primeras”.

“En Alemania el Tribunal Supremo del Reich, en una famosa sentencia de 4 de Noviembre de 1925, cuyos considerandos descansan en el siguiente principio: “que el juez esté sometido a la ley (art. 102 de la R. V.)”, no excluye que una ley del Reich o alguno de sus preceptos puedan ser estimados como no válidos por el Juez, cuando se hallen en contradicción manifiesta con otras normas procedentes que el Juez está obligado a tener en cuenta”. (Eduardo Cruz Fernández).

El fundamento de la indicación misma sobre prevalencia de una norma constitucional frente a otra simplemente legal, consiste en que el régimen jurídico de cada país forma un todo coherente y sistemático, a base de una relación de dependencia jerárquica de las normas que lo integran. Sobre el particular juzgamos lo más conveniente transcribir lo que ha escrito Recasens Siches, con su lucidez característica. Dice así: La totalidad del orden jurídico (vigente) constituye, pues, un sistema constituido en forma escalonada o graduada, en estructura jerár-

quica en el cual cada uno de sus pisos o escalones depende del superior y a su vez sostiene a los inferiores. El Derecho regula su propia creación, su ulterior producción y su reforma; de tal modo que la producción de una norma aparece condicionada en su validez por otra norma; y aquella es a su vez el fundamento determinante de la emisión de otros preceptos; y así, sucesivamente, hasta llegar a los mandatos ejecutivos".

No faltan sin embargo, quienes combatan el control judicial de las leyes. Así, Valverde y Valverde escribe: "Nosotros creemos, con la mayor parte de los civilistas, que el tribunal de justicia carece de autoridad para negarse para aplicar una ley inconstitucional. Ciertamente, que la promulgación no es la ley toda; pero es cierto también que es el momento por el que se hace obligatoria. El tribunal tiene que ver si está hecha la promulgación, y esto le basta, porque la promulgación supone la sanción del poder supremo del Estado que aprobó la ley y que la mandó cumplir. No puede fiarse la garantía de que las leyes sean constitucionales a los tribunales, porque entonces es conceder al poder judicial una supremacía sobre los demás poderes, cosa que no puede admitirse, pues equivale la facultad de negarse a fallar por motivo de inconstitucionalidad a otorgarles una facultad de revisión sobre los otros poderes, que hacen las leyes precisamente por ser superiores en el orden del imperio o del mando". Esta es de persuasión. Como indica de Lacerda declarando la anticonstitucionalidad de una ley el poder judicial no la revoca....se limitan a su competencia restringida, al juzgamiento del caso concreto que le ha sido debidamente sometido y, juzgándolo, le corresponde pronunciar el vicio de anticonstitucionalidad, para el fin tan sólo de substraerlo a la influencia de la ley viciada, y jamás con la pretensión de destruir la ley en sí misma, en su existencia".

Interesa indicar las formas en que puede organizarse el control constitucional de las leyes. Siguiendo el estudio de Cruz Fernández, se puede distinguir el control ejercido por el poder judicial o por otro organismo especial establecido para tal efecto.

El primer sistema funciona en los Estados Unidos de Norte América, Argentina, Chile, Colombia, Venezuela. Ora se facul-

ta a cualquier juez para que ejerza dicho control, ora esta facultad está reservada a la Corte Suprema, al más alto tribunal judicial.

El segundo sistema es el que establece la Constitución española de 1931, la de Austria y la de Checoslovaquia.

Conforme al art. XXII de nuestro Código, el control es judicial. No existe ningún tribunal especial constituido para asegurar la llamada "superlegalidad constitucional", y de la Exposición de Motivos resulta inequívocamente que corresponde a los jueces de la República la declaración de inaplicabilidad de la ley ordinaria, cuando es opuesta a la Carta Política.

El mismo artículo no reserva dicha función a la Corte Suprema. Cualquier juez puede, pues, hacer uso de la misma.

Preséntase la cuestión de determinar si la declaración judicial de control constitucional procede de oficio o a petición de parte, y en éste último supuesto, si en vía de acción o de excepción. El art. XXII nada dice sobre lo primero. Ahora bien, no parece aconsejable y, es más, no podría justificarse que el juez obrase aquí de oficio. Ello importaría subordinar el Poder Legislativo al Judicial, hacer de éste último un cuerpo colegislador, con más atribución que el primero, porque haría negatoria la función propia de dicho Poder Legislativo.

La declaración de anticonstitucionalidad sólo procede, pues, a petición de parte, dentro de un proceso sometido a la decisión judicial.

En cuanto a si la declaración es factible alternativamente en vía de acción u *ope exceptionis*, tampoco lo aclara el art. XXII. Si lo primero, la decisión significaría una de nulidad de la ley. Esta, en consecuencia, no podría surtir efecto más: ha recibido sentencia de muerte. Es una solución que parece exagerada, por la misma razón antes indicada, de que se concedería al Poder Judicial una atribución excesiva, con violación de la independencia del Poder Legislativo. La mayoría de las legislaciones admiten, por eso, que la declaración de anticonstitucional sólo se produzca mediante excepción interpuesta por parte interesada. Ha de haber, pues, una controversia judicial que conduzca a la aplicación de una ley determinada, en cuyo supuesto cabe que uno de los litigantes, a quien perjudica lo dispuesto en la ley,

solicite que ella no se aplique, por estar en oposición a la Constitución. La decisión judicial en estos casos lleva únicamente a declarar la inaplicabilidad de la ley, no su nulidad; su inaplicabilidad al caso concreto contendido. De este modo, si en otro juicio se presenta la coyuntura de aplicar la misma ley, y no se opusiere a ella la tacha de ser incompatible con un mandato constitucional, el juez tendría que aplicar aquélla. Es más: así se formulase tal oposición, si al hacerse la apreciación se considerase que dicha ley no está en oposición a la Carta Política, diferentemente a lo juzgado anteriormente en otro caso idéntico, el juez podría rechazar la oposición, si dentro del sistema jurídico, como sucede en el Perú, no se conoce el *case made law*.

La excepción de que ahora nos ocupamos es una perentoria, de fondo, que versa sobre el contenido, el carácter intrínseco de la ley, en cuanto lo que ella disponga se halle en pugna con la Constitución. Creemos, a diferencia de lo que piensan algunos la Constitución. Creemos, a diferencia de lo que piensan algunos, que no cabría que el juez se pronunciase por la inconstitucionalidad en base simplemente a un examen sobre la forma de la dación de la ley. La promulgación de la ley por el Poder Ejecutivo hace de ésta una válida desde el punto de vista formal; de suerte que no le compete al juez proceder a una revisión sobre el particular. Cuando el art. XXII habla de "incompatibilidad", está señalando claramente que es el caso de una disparidad de fondo, en cuanto a lo ordenado por una y otra ley, la constitucional y la ordinaria. Dentro del derecho chileno se interpreta que la Corte Suprema puede pronunciarse sobre la inconstitucionalidad de la ley, sea por causa de vicio de fondo o de forma de que la misma adolezca (Alessandri y Rodríguez y Somarriva Undurraga).

Según Cruz Fernández, es necesario que concurren algunas circunstancias para que la excepción sea procedente. Así indica: "La oposición entre el precepto constitucional y la ley debe aparecer en forma clara y manifiesta. De ella se desprende que no es suficiente para declarar la inaplicabilidad, el antagonismo de la ley con el espíritu que fluye de la constitución, con una interpretación de ella en un pasaje oscuro, ni el hecho de que oponga a la intención de ella la vulneración de los principios

de derecho natural, y de la moral; es indispensable que la infracción aparezca de una manera clara y terminante, debe haber una violación precisa de una disposición de la Carta Fundamental. Nos cita Blondel las palabras de un juez americano en este sentido: "Cada vez que un acto de la legislatura pueda ser interpretado y aplicado de manera de evitar un conflicto con la constitución y darle fuerza de ley, tal interpretación deberá ser adoptada por las Cortes". Sólo en casos de absoluta necesidad, debe declararse inaplicable una ley inconstitucional; esto es, cuando evidentemente el derecho de una de las partes será negado o burlado si no se recurre a dicha declaración. No es posible aducir inaplicabilidad con motivo de cuestiones preliminares o ajenas al procedimiento principal; lo que viene a afirmar la premisa sentada de que debe haber un juicio pendiente, y no por iniciarse. Cualquiera duda que se presente ha de solucionarse en sentido favorable a la presunción de que la ley está en concordancia con la Constitución. Viene a rechazarse, por consiguiente, el caso de inconstitucionalidad dudosa, como es llamado por los tratadistas. Igual cosa ocurre en la mayoría de las legislaciones, y ello es lógico, pues, de otro modo, sería dar al Poder Judicial un poder demasiado amplio, como el de investigar hasta en lo profundo el pensamiento del legislador e interpretarlo a su manera. Es un axioma de nuestra jurisprudencia, declara el Juez Twagne, que un acto del Congreso no debe ser declarado inconstitucional, sino en el caso en que sea absolutamente cierto que la autoridad del cual emana no tenía el poder de votarlo. Toda duda debe ser resuelta en favor de la validez de la ley" (Eduardo Cruz Fernández).

El art. XXII no se refiere a la oposición que puede presentarse entre una ley ordinaria y un reglamento, decreto o resolución gubernamental. Mas, sin violentar el criterio cabe concluir que la colisión tiene que ser resuelta de idéntica manera, o sea, que interpuesta la excepción de ilegalidad en juicio, el juez ha de dejar de aplicar la disposición reglamentaria que se oponga a la ley ordinaria. Así lo exige el encadenamiento jerárquico, la estructura orgánica de todo ordenamiento jurídico. Por lo demás, la Constitución indica en su art. 133 lo siguiente: "Hay acción popular ante el Poder Judicial, contra los reglamentos y

contra las resoluciones y decretos gubernativos de carácter general que infrinjan la Constitución o las leyes, sin perjuicio de la responsabilidad política de los Ministros. La ley establecerá el procedimiento judicial correspondiente". El art. 4 del Código italiano dispone: "los reglamentos no pueden contener normas contrarias a las leyes".

Art. XXIII.—"Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por deficiencia de la ley. En tal caso deben aplicar los principios del derecho".

Referencias: Digesto, lib. 1, tit. 3, ley 12 y 13; lib. 1, tit. 2, ley 2, p. 3; lib. 4, tit. 40 (XL), ley 12; lib. 1, tit. 3, ley 12, lib. 22, tit. 5, ley 13; Codex, lib. 1, tit. 14, ley 5, lib. 1, tit. 18, ley in fine, Novela CXXV (Const CXVII, ca. I); Código francés, art. 4; español, 6; suizo, 1, 4; argentino, 15, 16; chileno, 19, 22 a 24; uruguayo 15 y s.; brasileño, 4 y 5, ley de introducción; portugués, 16; chino, 1; holandés, ley de introducción, 13; austriaco, 7; peruano, VIII, IX; mejicano, 18 y 19; italiano, 12 y 13.

El art. XXI dice que el juez no puede dejar de aplicar la ley. La función judicial se caracteriza por eso: por la aplicación de la ley; de suerte que la división de funciones estaduales entre la *lex datio* y la *lex executio*, se marca netamente. El juez es el funcionario técnico, especializado, encargado de aplicar la ley; él es la *viva vox juris*. El hecho que se pone bajo su juzgamiento ha de ser subsumido dentro de una proposición jurídica vigente, para concluir estableciendo la relación entre tal hecho y la ley, que es lo que constituye la "realización", o sea, la aplicación de la ley. Como se ha dicho, ser juez importa o supone en sí mismo determinado comportamiento jurídico; exige aplicar la ley, porque ello es la razón misma de su calidad de juzgador. La ley tiene un carácter general y abstracto, en cuanto ley en sentido material, y la decisión jurídica tiene un carácter concreto, en cuanto aplicación de la ley al caso juzgado. Ese fallo ha de hacerse de acuerdo, por lo mismo, con la ley.

El Juez está, pues, subordinado a la ley. No puede, en consecuencia, fallar *contra legem*. Ello sería usurpar una atribución, la propia del legislador. Y la distinción en este punto tiene que

respetarse netamente. La jurisprudencia es diferente de la labor legislativa, y la discriminación se ilumina con el bello ejemplo que nos cita Radbruch, de Solón, quien da la ley a Atenas y se condena voluntariamente al ostracismo, para no influenciar en la labor de interpretación jurisprudencial.

“Si existe una disposición clara y precisa aplicable al caso sobre el cual el juez es llamado a resolver, el juez debe aplicar esta disposición aún cuando le parezca injusta. Su conciencia puede estar en reposo. . . . el juez está instituido para juzgar según la ley y no para juzgar la ley”. (Baudry Lecantinerie).

El juez no puede, pues, dejar de administrar justicia, no puede dejar de aplicar la ley. Si no, su proceder sería inexcusable; incurriría en una falta funcional, de denegación de justicia. Como expresa Serpa López, tratase de un “deber irrecusable, al cual no puede eludir el juez bajo ningún pretexto y cuya omisión implica responsabilidad funcional y penal”. Baudry Lecantinerie sentencia: “las leyes son destinadas a mantener la paz entre los hombres”. Para que ellas alcancen este objetivo, precisa que su ejecución esté asegurada.

El art. 3 del Proyecto dominicano dice: “incurre en responsabilidad el juez que rehuse juzgar, pretextando silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley”.

El juez tiene que aplicar la ley si el mandato de ésta es claro, si no hay duda sobre lo que ordena. No puede en este supuesto descartar la disposición legal, prescindir de ella, a base de que su criterio personal disiente de la misma; el juez no es legislador. Mientras la ley esté vigente, debe ser aplicada necesariamente.

Pero puede ocurrir que no aparezca la decisión claramente de la ley. Pues bien, la falta de un dispositivo legal no excusa al juez de sentenciar; deberá entonces recurrir a otra fuente decisoria, como resulta del art. XXIII. No está facultado el juez, por otra parte, a suspender el juzgamiento, para demandar del Poder Legislativo una interpretación auténtica (Daloz). Tampoco debe fallar declarando infundada la demanda, por falta de un apoyo de un precepto legal. En síntesis, la función del juez consiste en aplicar la ley, conforme lo ordena el art. XXI, o mejor dicho el ordenamiento jurídico, conectando el hecho o caso concreto sometido a su decisión, a tal ordenamiento.

Puede ocurrir que la ley sea ambigua, oscura, contradictoria, omisa en cuanto a un caso que es preciso decidir judicialmen-

te. Se plantea entonces el problema de las lagunas, o vacíos de la ley, que preocupa al art. XXIII.

La cuestión se relaciona con la interpretación de la ley. La interpretación se presenta cuando la ley es deficiente, por lo cual ella es susceptible de aplicarse de distintos modos. Interpretación y aplicación están, así, consubstancialmente articuladas. Nos parece que sin indentificarse, una no se da sin la otra. Para aplicar la ley hay que interpretarla; es decir, determinar el sentido de la disposición, pues de otra manera no habría legitimidad en cuanto a tal aplicación. Sólo que la interpretación no es labor exclusiva del juez, toda vez que existe la doctrinaria, mientras que la aplicación es función específica del juzgador (profesional o no, pues puede haber jurisdicción de tribunales arbitrales, de árbitros arbitradores, o jurados).

Toda aplicación de la ley, toda discusión judicial, presupone una interpretación. Es errónea la regla de *interpretatio cassat in claris*. Ella ha sido, sin embargo, propugnada por Merlin, Accolas, Barassi, Baudry Lecantinerie, entre otros. Savigny ha demostrado la falsedad de dicha regla. Y es que es indiscutible que en toda decisión judicial hay una elaboración lógica, que exige comprender el carácter y alcances de la disposición, de la que se infiere la consecuencia resolutive; no se trata de un mero trabajo mecánico. Como dice de Lacerda, todas las leyes, aun las más claras al tiempo de su elaboración, están sujetas a encontrar dificultades de aplicación práctica, si al correr del tiempo varían las condiciones sociales en relación al pensamiento que presidió la formación de la ley, de modo que impetere un proceso de adaptación al nuevo estado de cosas.

La doctrina italiana se pronuncia firmemente en el sentido referido (Stolfi, Gianturo, Pacifici, Mazzoni, Coviello, Ruggiero), quitando valor al adagio de *in claris non fit interpretatio*. Evidente es, sin embargo, que la interpretación requiere un mayor o menor esfuerzo en quien la realiza y, consecuentemente, asume una mayor o menor importancia en relación a la naturaleza de la disposición legal de que se trate. La cuestión es más fácil en preceptos sencillos, de supuestos muy especiales y concretos, como por ejemplo del art. 1125 del C. C., que establece el pago de intereses legales al cinco por ciento (5%) anual. En cambio, requiere un esfuerzo más considerable cuando concierne a indicaciones de carácter más general o con mayor contenido intrínseco,

como en el caso del art. 940, que se refiere a la obligación del usufructuario, de conservar la "substancia" de la cosa.

Nos interesa ahora la interpretación judicial, que también se llama forense. Existe, además, como es sabido, la interpretación doctrinaria. Y, de otro lado, se habla de una interpretación auténtica.

Ahora bien, esta última no es propiamente interpretación legal. Se hace aquí un uso indebido del término interpretación.

La distinción entre la interpretación judicial y la llamada legal, no es una dependiente sólo del órgano que indica el sentido de la ley, en el primer caso el juez, en el segundo el poder legislativo. Hay otra nota diferencial, que hace comprender cuál es el carácter de la legal y cuál el de la judicial, y que persuade cómo en relación a la primera no se presenta un hecho de interpretación propiamente tal. Espínola y Espínola relatan ampliamente los motivos históricos por los cuales se ha sostenido y aplicado el que *ejus est interpretare legem cùjus est condere*. En verdad, la llamada interpretación auténtica, es decir, mediante una nueva ley que aclare una anterior, no comporta indagar o descubrir la significación de una ley mediante el análisis y comprensión de la ley misma cuestionada, sino proceder a dar una nueva ley, crear un *jus novum*. Con ello termina toda preocupación de hermenéutica en cuanto a la ley anterior, a la que ha venido a referirse la nueva ley aclaratoria, en cuanto al punto aclarado, explicitado o completado por esta última. Así que tal interpretación legislativa no tiene de interpretación sino el nombre; no es una verdadera interpretación en el sentido técnico de la expresión.

Tampoco es pertinente hablar de una interpretación usual, consuetudinaria, como algunos suponen. La costumbre no es fuente de derecho en general, en el Perú. Así que sólo podrá admitirse una interpretación consuetudinaria en los casos especiales en que la costumbre sea fuente supletoria de derecho. Pero así sea fuente supletoria en general (como ocurre en otras partes), esta circunstancia no bastará para justificar la existencia de una interpretación consuetudinaria. Escriben Espínola y Espínola: "la llamada interpretación usual, de acuerdo a la eficiencia que se reconozca al derecho consuetudinario, sólo tendrá fuerza obli-

gatoria por la propia naturaleza de tal derecho, dentro de los límites y con la extensión que le fuera reconocida, y no por ser interpretación de norma preexistente”.

La doctrinaria sí es una verdadera interpretación al lado de la judicial. No nos interesa ahora, en cuando al comentario del art. XXIII, detenernos en los asuntos que conciernen a tal interpretación doctrinaria, y sí únicamente reparar en la relación que tiene con la forense. A ésta asiste un carácter obligatorio (se le llama, por eso, “pública”) y, de otro lado, es de práctica aplicación, pues tiene por objeto decidir las cuestiones que se plantean ante los tribunales. La doctrinaria es, más bien, especulativa y desinteresada, ya que concierne al estudio teórico de los temas que se conectan con la ley, en mérito de la observación, indagación, investigación conceptual del tratadista. Se le ha llamado una fuente de “derecho hipotético” frente a la jurisprudencia, fuente de “derecho vivo” (Spencer Vampré). Para la apreciación del valor persuasivo de esta interpretación doctrinaria, habrá de compulsarse la calidad y cantidad de los pareceres de los publicistas. Es indudable que la *communis opinio doctoris* ha de tener una enorme influencia en los fallos de un juez cuidadoso. Desde este punto de vista, la doctrina aparece con más libertad de acción y mayor acopio de medios para desenvolver y desarrollar los alcances y el sentido de las disposiciones legales, toda vez que los fallos de los tribunales quedan limitados al caso *sub litis*, y exigen por su propia naturaleza cierta sobriedad y concisión. No obstante, a veces, se ha observado una mayor desenvoltura de criterio de parte de la interpretación forense que de parte de la interpretación de cátedra y de los tratadistas. Así ha ocurrido en Francia. Jossierand anota que mientras la jurisprudencia evolucionaba progresivamente, esforzándose en una sagaz adaptación de la ley al medio social, la doctrina se detenía en una exégesis severa de los textos, en una actitud escolástica, haciendo cuestión de cada detalle y tratando al derecho como una especie de matemática.

La interpretación doctrinaria, aunque no obliga al juez (se le llama por eso “privada”), aporta una contribución de valor imponderable para la interpretación por los tribunales. Todo juzgador sensato habrá de tomar en cuenta los esclarecimientos de los doctos que se han ocupado de un texto legal, iluminando su sentido y determinando sus alcances. La mayor o menor autoridad de las opiniones doctrinales estará en razón directa con la

consideración que ellas le merezcan al juez. O sea, como indica Barbero, "no es fuente del derecho la ciencia del derecho, cuyo deber es conocer e ilustrar el derecho, pero no crearlo; teniendo cada resultado suyo valor de conocimiento, pero no de producción; valor que por consecuencia lo tiene en cuanto es prueba del derecho; pero que es carente en absoluto de todo carácter de imperatividad".

La interpretación judicial es la que ahora nos interesa particularmente. Ella está vinculada permanente y necesariamente a la aplicación del derecho. Su valor como fuente general del mismo varía según los sistemas de los diferentes países. La interpretación judicial sobrevenida en el caso resuelto, tiene carácter de cosa juzgada en cuanto a ese caso. Pero referentemente a otros casos análogos y aún idénticos que se presentan en relación a la misma disposición legal aplicada, ellos pueden ser fallados o no de idéntica manera, o sea, que no siempre la interpretación judicial es obligatoria, que no siempre tiene un sentido general. El art. 5° del Código de Napoleón, pronunciándose sobre el particular, indica: "es prohibido a los jueces resolver por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que les están sometidas".

Ocorre cosa distinta en Inglaterra y en Estados Unidos, en que la jurisprudencia sí tiene una fuerza obligatoria en cuanto el *judge* se atiene a los precedentes. El *case law* es, pues, una práctica institucional, por decirlo así, en los países en que existe la *Common law*.

En los países de *jus scriptum* la jurisprudencia no tiene igual valor. El juez puede resolver un caso idéntico a otro anteriormente resuelto, de manera distinta. El criterio de los Tribunales puede variar, y no es plausible que se aferren a un punto de vista, a pesar de que hay el convencimiento de que él mismo es erróneo. Ello importaría detener el progreso jurídico por respeto rutinario y misoneísta a las soluciones pasadas. Pero tampoco es aconsejable que la jurisprudencia exhiba una veleidad de opinión, que acusaría falta de seriedad en cuanto al examen de los casos resueltos. Una razón de buen sentido aconseja mantener en lo posible un espíritu de continuidad. Cuando la solución se repite con firmeza, surge un *usus fori*, como si se tratase de una sub-clase de derecho consuetudinario.

"La conciencia del pueblo— escriben Espínola y Espínola — reclama como condición de justicia, que los mismos casos tengan

soluciones iguales, y la inestabilidad de las decisiones suscita la impresión de incertidumbre, inseguridad, injusticia". En Austria el *Spruchrepertorium* es citado con gran eficacia. En los países en que está instituido el recurso de casación, la jurisprudencia de los tribunales adquiere gran predicamento. Así que el juez puede moverse entre un mínimum y un máximun de desenvoltura y de cautela: no ser esclavo de la tradición jurisprudencial, con desmedro del progreso y avance del derecho, y no caer en una volubilidad de criterio que denunciaría desconfianza, desconcierto, incircunspección.

En Suiza, según indica Pache, se considera la modificación no motivada de una jurisprudencia bien establecida, como una violación de garantía de los ciudadanos ante la ley. Cita al respecto una decisión del tribunal supremo en que se expresa: "una decisión dictada en un sentido absolutamente opuesto a la jurisprudencia aplicada constantemente durante un número de años por la misma entidad, es contraria a la equidad, a menos que ella no se justifique por motivos imperiosos".

En la interpretación de la ley hay que considerar varios elementos, como son: el gramatical, el lógico, el sistemático, el histórico.

El elemento gramatical es el primero que se impone a la consideración. Las palabras del texto legal tienen una mención indicativa, y naturalmente lo primero que debe hacer el intérprete es encontrar el significado a base de la expresión verbal empleada. De otro modo, se caería en la arbitrariedad más absoluta. Si el texto es claro, la labor hermenéutica es, pues, sencilla. La interpretación gramatical descansa según Dualde en estos tres principios: "a) toda palabra tiene valor exacto; nada hay ocioso en la ley; nada sobra. *Verbis legis tenaciter inhaerendum. Verba cum effectu sunt accipienda.*

b) Toda omisión es intencionada. *Ubi voluit dixit, ubi non voluit dixit.*

c) Siendo claro el tenor gramatical de la ley, no se debe avanzar más en la interpretación. La claridad verbal excluye cualquiera otra versión discorde con ella. *In claris non fit interpretatio. In claris non admittitur voluntatis quaestio* (Empero so-

bre el valor relativo de estos brocados, nos referiremos más adelante).

El intérprete deberá recurrir a los datos léxicos y filológicos, para entender el sentido, la índole semántica del texto legal. La palabra deberá entenderse en su sentido propio, en su significación natural, como dice Lomonaco. Pero una mejor comprensión de la misma, deberá atenderse al uso que de ella haga el legislador, comparado su empleo en el texto legal a interpretar, con el uso de la misma palabra en otros textos.

La expresión ha de ser entendida conforme a su sentido usual y corriente (argumento a *vulgari uso loquendi*). Pero hay que tener presente que el lenguaje jurídico recurre con frecuencia a expresiones técnicas. Este sentido técnico ha de tomarse muy en consideración y, dado el caso, ser preferido al sentido vulgar o lego (Capitant). Así, la palabra "repetición" (art. 1285) tiene que entenderse en el sentido de recobrar lo pagado. El significado técnico debe recibir preferencia sobre el común. Así, escribe Rotondi, la "ausencia" en el significado corriente de la palabra, indica el estado de una persona que no está presente en un lugar cierto, mientras por "ausencia" en significado jurídico se entiende aquella institución particular que está regulada en el art. 48 y sig. del Cod. Civ. y que encuentra su aplicación cuando una persona se halla por un cierto período de tiempo lejos de su residencia o de su domicilio, sin haber dado más noticias de sí. Así por "cohabitación" en sentido ordinario se entiende el hecho por el cual varias personas habitan juntas, mientras el Cód. Civ. (por ejemplo en el art. 143) entiende por "cohabitación" la consumación de la relación conyugal. Y puesto que desgraciadamente sucede que el legislador emplea también la misma palabra a veces con un significado técnico preciso y a veces en sentido corriente, usual, será tarea del intérprete determinar en cada caso en qué sentido la palabra ha sido empleada por el legislador".

Una palabra utilizada por el legislador puede tener diferentes acepciones en el lenguaje usual. Débese en tal coyuntura comprender dicha palabra de modo que ella esté de acuerdo con el fin propio o índole lógica de la disposición en que está inserta la palabra, pues tal es la interpretación que aparece más verosímil, más adecuada al propósito que debe haber inspirado al legislador.

El segundo elemento a considerar es el lógico, la *sententia legis*. Hay que indagar por el espíritu que anima al dispositivo,

por la finalidad propia de la ley. Ruggiero escribe: "La reconstrucción del pensamiento y de la voluntad del legislador se opera mediante una investigación más profunda y compleja, encaminada a establecer los motivos que determinaron el concepto, los fines a que éste tiende, la ocasión en que fué dictado. Esta investigación de la *ratio*, de la *vis*, de la *occasio legis*, consiste en penetrar en el espíritu de la disposición, que no puede ser interpretada si no se descubre el pensamiento íntimo en ella encerrado. *Scire legis non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*. El intérprete debe ofrecer la fórmula en relación con la causa justificada del precepto y con todas las demás normas que rigen esta materia, así como con los principios que imperan en el sistema legislativo (elemento sistemático). La *ratio legis* es el motivo de la norma, la razón que la justifica, radicante en la necesidad humana que la norma protege, y, por consiguiente, en el fin que persigue: motivo y fin que aparecen inseparablemente unidos, deben por ello corresponderse. La *vis* es la especial virtud normativa que tiene el precepto y que no deriva de la voluntad subjetiva de quien lo formuló, sino de la eficacia intrínseca y objetiva que adquiere cuando con la formulación externa se separa y se independiza de su autor. La *occasio legis* es la particular circunstancia del momento histórico que determinó la formulación del precepto, ya como norma nueva, independiente de las exteriores, ya como derivación de otros principios generales, precedentemente sentados. Es evidente que la *occasio legis*, si ayuda a la reconstrucción del pensamiento legislativo tiene, sin embargo, una importancia más limitada frente a la *ratio*. Elemento transitorio y contingente, sirve para explicar la aparición de la norma nueva en el sistema, pero desaparece rápidamente como factor intrínseco de la misma. Y es claro, además, que realiza el proceso lógico, reconstructivo del pensamiento del legislador, su resultado debe, a su vez ser comprobado en sus efectos; su valoración sirve de control de la interpretación realizada, y, si en virtud de esa función saca de la norma más de un significado, se elegirá el que sea más racional o que mejor responda a las necesidades de la vida". (Ruggiero).

La interpretación lógica se impone necesariamente, como necesidad natural de la debida comprensión de la ley. Dualdo escribe: "La insuficiencia de la interpretación gramatical se ha dejado sentir cada día más; así, en lo que se refiere a los textos claros, se ha tenido que admitir, tanto en la ley como en los contra-

tos y testamentos, la excepción de que el espíritu sea contrario a la letra, poniéndose de manifiesto que el factor gramatical, aun en el mejor supuesto de las palabras transparentes e inequívocas, no puede bastarse a sí mismo".

Para el funcionamiento hermenéutico hay que compulsar la *ratio legis* y la *occasio legis*. La primera responde a las exigencias morales, económicas, sociales en general que la ley debe satisfacer; representa la *ratio juris*, finalidad intrínseca que a aquélla es inherente. Tiene, así, una fundamentación sociológica, pues atiende a los intereses esenciales que la ley protege; impetra el conocimiento de los hechos causantes que constituyen la infraestructura de la ley, a los cuales ésta viene a regular. La segunda atiende al factor más o menos circunstancial que explica la decisión adoptada. Hay casos en que por un motivo ocasional se consigna una disposición legal. Así, las leyes dictadas entre nosotros llamadas de inquilinato, la dictada sobre suspensión de remate de bienes en acciones ejecutivas. Es indudable, como anota Maximiliano, que la *occasio legis* va perdiendo importancia como factor de consideración interpretativa, a medida que transcurre más tiempo entre el momento en que se dió la ley y el momento en que se la aplica.

El elemento sistemático interviene relacionando una disposición, la que se quiere interpretar, con otras pertinentes de la ley en general. Toda disposición está insertada dentro de una institución. Una disposición legal, pues, queda articulada dentro de un sistema, que sirve para apreciar las directivas generales que han guiado al legislador. A su vez, los institutos se vinculan entre sí, hasta hacer posible el aprehender el espíritu que preside a toda ley. Y, en fin, cabe elevarse hasta las consideraciones que fundamentan todo un orden jurídico, relacionando una ley con otras. Con el método sistemático se aclara y precisa el alcance y sentido de muchas disposiciones y resulta posible supeditar las contradicciones que la ley acusa. El elemento sistemático, como lo remarcan Espínola y Espínola, sólo tiene una función, que es la de procurar que de la conexión de todas las partes del orden jurídico se obtenga el resultado de hacer adaptable a cada cual el precepto que más natural y eficazmente pueda asegurar la actuación del derecho, de conformidad a su fin práctico, buscando la realización de las exigencias de utilidad social y de justicia. Dentro de esta consideración de orden sistemático, tiene gran importancia la *sedes materiae*. Escribe Barbero: "Por último también la

sedes materiae, o sea, la posición de la norma en el código o en la ley ayuda para atender su real alcance. Por ejemplo: la ubicación del usufructo legal del padre en el título de la patria potestad (Art. 324-327) ayuda para entender la particular naturaleza de este instituto y las desvinculaciones de su disciplina de la disciplina común del usufructo ordinario (art. 978 y sig.).”

El elemento histórico también entra en acción en este orden de cosas. Trátase de contratar los datos motivadores que dieron origen a la ley, conforme a la intención expresa o presunta de quien o quienes participaron directamente en su producción. El método histórico es complementario del lógico, para establecer la *ratio legis* y la *occasio legis*. La ley anterior es aquí utilizable para la mejor comprensión de la nueva, en cuanto ésta confirme, modifique o disienta diametralmente de aquélla. En una u otra forma, se está frente a un dato que auxilia para el mayor entendimiento de la nueva. Como advertía Paulo, *non est novum, ut prioris leges ad posteriores trahantur*. Sobre todo si la ley nueva sigue por las huellas de la anterior, hay un factor tradicional que es útil tener en cuenta, notoriamente. El conocimiento de las fuentes de la disposición aporta una ayuda valiosa. El legislador no siempre inventa disposiciones; muchas se basan en las de otras leyes, que se tiene como modelos. Por ejemplo, así ocurrió en muchos Códigos Civiles en el siglo XIX, que tomara como paradigma el *Code Civil* de 1804; así con Códigos aparecidos en el siglo XX con referencia al B. G. B.; así en cuanto al Código colombiano y el ecuatoriano respecto al chileno, y al Código turco de obligaciones respecto al Suizo. En estos casos es útil no sólo tomar en cuenta simplemente la disposición legal que se tuvo por modelo, sino también estudiar cómo la doctrina y la jurisprudencia respectivas han considerado dicha disposición.

La llamada “voluntad del legislador” se hace también presente, integrando el método histórico. Clásicamente, se atribuyó a esta indagación sobre la *mens legis* una importancia capital. Es la doctrina subjetiva, que aconseja evocar cuál fué la intención del legislador. Se adopta una actitud de examinación exegética, para representarse o para pesquisar acuciosamente los motivos inmediatos que explican la génesis de la disposición. Ellos constituyen un dato revelador de una voluntad y, en consecuencia, lo racional es inquirir por tales motivos determinantes de la voluntad del legislador. Las exposiciones de motivos, los debates parlamentarios, los informes de comisiones, los trabajos preparatorios,

constituirán, de este modo, un material que deberá consultarse. Modernamente esta teoría subjetiva goza de poco crédito, alzándose frente a ella la teoría objetiva. Así como en relación a la interpretación de los negocios jurídicos la teoría de la autonomía de la voluntad sufre el embate de la teoría de la declaración, tratándose de la hermenéutica de la ley, se estima a ésta por lo que ella expresa y representa en sí misma, con prescindencia de cual fuese la intención del legislador; ella vale *per se*, como una entidad autónoma, una realidad propia, independiente del sujeto que la concibió. Bonnecase escribe que la ley tiene un alcance objetivo, porque la ley una vez que ha sido dictada por el legislador, constituye un ordenamiento que vale por sí mismo, tanto por su fin como por su fin social que la hizo necesaria.

La interpretación puede asumir diferentes modalidades desde otro punto de vista, en cuanto adapte el dispositivo al caso considerado. Así, se habla de disposición declarativa, extensiva, restrictiva, modificativa, correctiva, abrogante.

La interpretación declarativa se presenta cuando el precepto es entendido tal como resulta inmediata y claramente de su propio texto. La mayor parte de las disposiciones legales son dóciles a esta interpretación. Esta casi no demanda esfuerzo, y por eso se ha llegado a decir *in claris cessat interpretatio*, aunque siempre hay ésta última como trabajo lógico para comprender el significado del texto.

La interpretación extensiva opera llevando a considerar comprendido en la ley un caso, así él no aparezca inmediata y directamente dentro del contenido de ella. La misma virtualmente lo comprende y sólo por defecto de explicación no lo mienta. Es, pues, legítimo concluir que el caso accede al dispositivo. Coviello indica que la interpretación extensiva actúa cuando el legislador, en vez de usar una palabra que comprendiese el género, ha empleado una que denota sólo una especie típica, como si por ejemplo ha hablado de comprador, queriendo decir adquirente. Cuando se pueda extender el significado de la palabra y cuándo no, es cosa que no puede establecerse mediante una regla cierta y *a priori*; ya que todo depende de los resultados de la investigación sobre la voluntad de la ley. Sólo puede decirse que debe emplearse la interpretación extensiva cuando por la identidad de la *ratio*

que concierne a diversos casos, tratando el caso no comprendido en la letra de la ley diferentemente del comprendido en ella, se caería en un absurdo lógico, o se cometería una evidente injusticia: "*ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*"

El argumento *a pari*, basado en la identidad de razón, y el *a fortiori*, derivado de una inferencia inmediata, pueden ser traídos aquí a colación. Pongamos algunos ejemplos. El art. 13 que vigila la protección del "apellido", se entiende que comprende además del nombre patronímico, el seudónimo". El art. 25 señala el domicilio de los "funcionarios públicos"; se incluirá aquí a los empleados públicos. En el art. IX, 2a. parte, compréndese no sólo el orden público, sino también las buenas costumbres. El art. 26 refiérese no únicamente a los funcionarios diplomáticos, sino también a los consulares. El art. 147 se aplica al caso de internamiento, además de la penitenciaría, relegación o prisión, que indica. En el inc. 2° del art. 706 debe comprenderse el caso de que el heredero instituido sea indigno. El inc. 2° del art. 713 abarca el caso de cualquiera mujer descendiente del *de cujus*, y no sólo de la hija y la nieta. Los arts. 1794 y 126 son extensibles al caso de anticresis. El art. 1310 no puede referirse sólo a responsabilidad proveniente de delito, sino además de cuasi-delito. El 1355 incluye la correspondencia cablegráfica. La revocación que indica el 751 también operará si se transfiere el crédito a un tercero. El 1193 comprende cualquiera clase de prestaciones periódicas. En el art. 957 débese comprender el caso de hijos mayores incapaces.

Para la mejor caracterización de este modo hermenéutico, hay que agregar algunas observaciones. El mismo tiene clima propicio de manifestarse en las enumeraciones ejemplificativas y, por el contrario, no puede ser empleado en las taxativas. Los brocardos se han hecho aquí presentes, anotando que *odiosa restringenda*, *favorabilia amplianda* y que *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*. El Código del Portugal (art. 10 del Título Preliminar) contiene precepto sobre la limitación de la actuación de las leyes de excepción.

El *jus singulare* es, pues, de interpretación estricta. Pero hay que reparar que esta reserva concierne propiamente el procedimiento de analogía legal más que al de interpretación extensiva. Espínola y Espínola citan a Degni, cuando enseña: "en la doctrina más antigua prevalecía la errónea opinión que en relación al *jus singulare* en sentido lato (leyes especiales y leyes de excep-

ción) no era posible una interpretación extensiva del texto legislativo, sin distinguir la llamada interpretación extensiva de la analogía, sino excluyendo una y otra; y fué Herbert en 1847 el primero en demostrar que la prohibición de extender el *jus singulare* sólo se aplica a la analogía, pero no a la interpretación extensiva". Según Degni, en ésta última el intérprete puede comprender en su contenido las cosas que van más allá de la escrita fórmula (interpretación extensiva), o excluir los casos que sólo aparentemente quedarían dentro de ella (interpretación restrictiva). Este criterio ha sido defendido por Windscheid, Chironi y Abello, Gianturco. Bruggi limita la aplicación al decir: "en las leyes de carácter excepcional no se puede admitir la analogía".

En la interpretación restrictiva inciden las indicaciones hechas sobre la extensiva, *servatis servandis*. Si en esta última *lex minus dicet, plus voluit*, en la primera *plus dicet, minus voluit*. Por la interpretación restrictiva se excluye los casos que, aunque aparentemente comprendidos dentro del texto de la ley, no responden a la *ratio* de la misma. Funciona, así, el brocardo *cessante ratione cessant ejus dispositio*. La hermenéutica restrictiva lleva a reducir los términos latos de la expresión, si el dispositivo conduce a una consecuencia absurda (*argumento ad absurdum*), Espínola y Espínola parifican la indicación con lo que aparece del art. 429 del Código Brasileiro, que habla de que los inmuebles pertenecientes a los menores sólo pueden ser vendidos en subasta pública, debiéndose entender que el dispositivo concierne a los menores bajo tutela. La interpretación restrictiva, por otra parte no está en oposición con el principio de *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Se puede indicar algunos casos de interpretación restrictiva en relación a nuestro Código Civil. El art. IV habla de la familia, y en este último término hay que considerar sólo ciertos parientes. El art. XIII mienta la ley personal, y ésta ha de entenderse bien como *lex domicilii* o bien como *lex patriae*. Cuando el art. 1136 habla de hecho, débese entender que significa hecho doloso. Lo dicho del art. IV sobre la expresión "familia", cabe decir con referencia al art. 953. El art. 1807 comprende sólo los títulos hipotecarios al portador. Cuando el 338 habla de descendientes del adoptado, se refiere a aquellos que son herederos forzosos de éste (no por ejemplo a un hijo natural no reconocido). El art. 1073 al referirse a terceros, quiere significar tercero de buena fé. La simulación designada en el inc. 2.º

del art. 1125, es la relativa. El daño a que se contrae el inc. 6.º del art. 1168, es el proveniente de acto ilícito.

La interpretación abrogante se basa en la aplicación del elemento sistemático, y permite la no aplicación de un precepto cuando está en posición irreductible con otras normas jurídicas o con los principios generales dle derecho. Una disposición no puede ser tomada aisladamente, sino en conexión con todo el sistema jurídico. Una disposición que resulte inoperante por inútil, en cuanto se encuentre supeditada por otra de mayor categoría, sufrirá la interpretación abrogans. El intérprete deberá mostrarse muy acucioso y revelar una esmerada finura apreciativa, para descubrir entre dos reglas contradictorias cuál es la predominante. Es aconsejable, por lo demás, ser muy cuidadoso para llegar a esta "abrogación tácita", por lo mismo que dota al intérprete de una arma poderosa y, por eso, sólo es justificable cuando la disposición respectiva es incompatible con otra que lógica y sistemáticamente debe predominar o con principios irrecusables del ordenamiento jurídico en general.

En cuanto a la interpretación modificativa, ella es posible que se presente por la obra jurisprudencial, en cuanto pueda, en la sucesión de sus apreciaciones sobre un mismo texto, descubrir en este último un distinto significado, de modo que el nuevo presente una modificación frente al primitivo sentido. Desde este punto de vista cabe hablar de una interpretación simplemente confirmativa (que, como es claro, no ofrece mayor interés) y de una interpretación modificativa o rectificatoria. Explican Espínola y Espínola: "bien se percibe que la interpretación evolutiva representará precisamente una modificación, una alteración del contenido primitivo de la ley, a fin de que pueda ésta cumplir su finalidad práctica y social, no ya como señalaban las relaciones jurídicas a cuya disciplina se destinó en la época de su producción, más como resulta de dichas relaciones tal como ellas se muestran en el momento de su aplicación". Esta es la posición que ha sido propugnada por la llamada jurisprudencia de intereses. Antes, a este respecto encontramos un dato edificante, con la obra del derecho pretoriano.

La interpretación correctiva tiene por objeto soslayar y superar los errores literales de la ley, imponiendo el método lógico, la *sententia legis* sobre la letra, sobre la mera *litera legis*. Dentro del texto de la ley suelen deslizarse errores de expresión (no de contenido), que el hermeneuta debe salvar. Se trata de "textos

infieles", que adolecen de redacción errónea. Planiol pone el ejemplo de los arts. 2194 y 2195 del Código de Napoleón, que habla del "día del contrato de matrimonio", debiéndose entender "el de casamiento". Con relación a nuestro Código, cabe señalar algunos casos de interpretación correctiva. El art. 773 se remite al art. 1269 del C. de P. C. debiendo hacerlo al 1219. El inc. 2° del art. 665 no puede referirse al autor o partícipe de los delitos a que se remite la referencia de dicho precepto, sino al autor o partícipe de tales delitos cuando ellos se hayan dirigido contra la persona del *de cuius*. El art. 1485 quiere referirse a cargos en el sentido de modos, tratados en el art. 1117 y s., y no de "cargas". El art. 149 aunque habla del día y el lugar del pago, debe entenderse que quiere decir el día y el lugar en que el pago le es exigible al deudor.

La analogía es también un medio utilizable, y de gran importancia, en cuanto a la interpretación de la ley, entendida esta interpretación en sentido latísimo y en relación a la llamada analogía legal. De Lacerda dice que muchos textos del Digesto revelan que los romanos reconocían a la analogía ser "ella verdadero tesoro de la interpretación jurídica". Empero se advierte que cuando el dispositivo no se ha referido al caso que se debe juzgar y se emplea la analogía, no se interpreta propiamente aquél, porque no hay relación directa entre la ley y el caso. Pero esta observación tiene, más que todo, un sabor bizantino. La disposición es aplicable al caso no previsto mediante la analogía, porque se considera que lógicamente la ley pudo referirse a él, aunque no se haya referido a él. Y comprender y entender todo lo que a una ley respecta, considerar todo el alcance y significación que la misma pueda tener, es interpretarla. Geny previene que la analogía no puede ser una obra de pura interpretación de leyes. Ella no razonaría más sobre la voluntad presumida o supuesta del legislador; ella no tomaría las disposiciones legales sino como un punto de apoyo objetivo, para construir, por vía de libre investigación, las soluciones dejadas en el vacío por las fuentes formales. Pero esto conviene más a la analogía jurídica que a la legal.

No creemos con algunos autores, que la analogía actúe en casos de las llamadas lagunas de la ley. Aquella no suple o llena una laguna legal, porque se trata, precisamente, de un caso de in-

interpretación de la ley. Esta no ha previsto el caso y, por ende, no lo ha regulado; pero cabe que mediante la labor hermenéutica esa ley alcance a ese caso, como si *in feri* éste se hallara dentro de su indicación. La ley no deja, pues, aquí de acudir a la solución del caso; y así no hay carencia de solución legal y, por lo mismo, no hay propiamente laguna legal. En realidad ésta sólo se presenta cuando la ley no es capaz de dar una solución; entonces sí hay una vacío que aquélla no puede llenar; presentándose una impotencia y una limitación en la misma, que dejan al caso fuera de su posible intervención; y hay que recurrir, por lo mismo, a otra fuente de ordenación distinta: los principios generales del derecho. Este punto de vista aparece también sustentado, aunque con otra demostración, por Dualde. Escribe: "sentada la verdad que la ley no prevé un conflicto, la analogía que por vía de interpretación sostiene que se puede aplicar un precepto que no tiene en cuenta tal conflicto, pretende por un procedimiento conjetural negar una verdad probada".

No es discutible la legitimidad del procedimiento analógico. Por más previsor y cuidadoso que sea el legislador, nunca podrá referirse a todos los posibles casos que pueden presentarse, exigentes de una solución ordenativa. *In extremis* se caería en un casuismo, que no haría sino agravar el problema. Y ante esta situación, es de todo punto de vista legítimo que se enjuicie un caso no previsto por la ley con el mismo criterio que ésta juzga a otro, que es esencialmente semejante al primero. La identidad de la *ratio legis* demanda realizar una igualdad en el tratamiento jurídico, para que haya una racional adecuación entre los mismos principios y los mismos resultados. No es que se debe invocar la supuesta "voluntad del legislador"; es una necesidad que se da *per se* y se justifica *eo ipso*; y esto sólo basta, pudiendo aducirse de ello que en tal sentido debió ser la voluntad del legislador, pero sin que esto tenga mayor importancia. La validez del principio analógico es intrínseca, pues *ubi eadum legis ratio, ibi eadem legis dispositio*. La legitimidad del procedimiento analógico no se puede fundar, pues, en la voluntad presunta del legislador, sino "en el principio de verdadera justicia, de igualdad jurídica, el cual exige que las especies semejantes sean reguladas por normas semejantes" (Maximiliano).

La analogía no significa lo mismo que la interpretación extensiva. Esta última versa sobre un caso no comprendido expresamente en la disposición, pero implícitamente sí, de modo que

sólo se dilata y elastiza el contenido de la misma. En la analogía el caso no está incluido ni implícitamente en el dispositivo legal; si éste se aplica al caso extraño a éste, es mediante un razonamiento de atribución o reconocimiento de un carácter o nota lógica en tal último caso, por la presencia del mismo carácter en el caso indicado por la ley. Dice Maximiliano: que no se debe equiparar la analogía y la interpretación extensiva, pues aunque se parezcan a primera vista, divergen en más de un aspecto. A la última, respecta el conocimiento de una regla general en su particularidad en cuanto a un dato jurídico, en tanto que la primera se ocupa de la semejanza entre figuras o situaciones jurídicas. En la analogía hay un pensamiento fundamental en dos cosas no iguales aunque relacionables; en la interpretación extensiva se trata de una idea extendida, dilatada, desarrollada, hasta abarcar un hecho contenido en la ley, implícitamente. Una somete dos supuestos prácticos a una misma regla legal; la otra, la analogía, desenvuelve un precepto de modo que alcanza a otro que está próximo. La analogía cubre una deficiencia del derecho positivo, es una hipótesis no prevista por éste, y resuelve la misma por medio de soluciones preestablecidas para casos afines; por la interpretación extensiva se complementa la norma existente; trátase, pues, de un caso ya indirectamente regulado por la ley, que se encuadra en el sentido de un precepto explícito, aunque no comprendido en la letra misma de aquél.

La analogía puede ser legal, *analogía legis*, o jurídica, *analogía juris*. Por la primera se aplica al caso juzgado una disposición existente, de suerte que la comparación se hace directa y concretamente entre caso y caso, entre el dispositivo especialmente indicado y el caso que se considera que puede acogerse a aquél, a *pari ratione*. Por la segunda es menester realizar una labor más complicada, de elaboración creadora, hasta el punto que esta analogía jurídica linda con la jurisdicción de los principios generales del derecho y su actuación como elemento de formación jurídica. A la analogía jurídica se recurre cuando no existe un dispositivo del que se infiera la solución para el caso que se juzga, por lo que hay que compulsar una serie de reglas legales vinculadas entre sí por un mismo sentido convergente, para mediante una síntesis conceptual, captar el sentido de un instituto o de una categoría jurídica e insertando en ella el caso tratado, dar la solución que de este modo convenga al mismo. O sea, como expresa Castán Tobeñas: "Los diversos grados de generalización

de que la analogía es susceptible, dan lugar a la distinción que los modernos formulan entre la analogía de la ley y la analogía del derecho. Según la opinión más general y autorizada, la primera de estas modalidades es la que parte de una disposición concreta de la ley; la segunda, la que arranca de una pluralidad de disposiciones singulares, de las que extrae, por vía de inducción, principios más generales, aplicándolos a casos que no caen bajo ninguna de las disposiciones de la ley. La analogía de derecho es una operación sumamente delicada, que exige una profunda y plena estimación de los principios y direcciones informadores de todo un sistema jurídico”.

Espínola y Espínola, consideran que hay analogía de derecho—*analogía juris*,— cuando existiendo cualquier precepto que puede reclamar aplicación en forma directa, surge la necesidad de considerar un complejo de normas que en nexo sistemático regulan un campo jurídico, para por analogía de materias y semejanza de motivos, hacer aplicación a otro campo jurídico de las reglas respectivas. Dualde escribe: “en definitiva, en la analogía la simple semejanza parcial establece una soldadura entre las cosas o entre los hechos parecidos, convirtiéndolos en una misma cosa o en un mismo hecho, tratando lo semejante como si fuera idéntico. Es lo vario representado como uno, por la sospecha de que en definitiva en ciertas propiedades que interesan puedan ser idénticos. La relación de lo semejante a lo semejante es directa; entre los dos hechos o cosas va una línea recta, mientras que en otros casos la línea asciende de un hecho o cosa, quedando así trazado un ángulo mental”.

El procedimiento analógico simplemente legal va de lo particular a lo particular, del supuesto exhibido por un precepto de la ley al supuesto constituido por el hecho jurídico nuevo. En la analogía jurídica el procedimiento va de toda una materia institucional, tomada en su conjunto esencial, a un hecho al que se insume dentro de lo que aquel instituto representa, o va de este mismo a la configuración de un instituto no considerado en la ley.

La analogía jurídica representa todavía un esfuerzo basado en la interpretación de la ley, por el cual se encuentra en ésta una solución. En cambio, el recurrir a los principios generales del derecho representa realizar un trabajo de otra índole, pues la solución es buscada fuera de la ley en sí misma, ya que se trata de llenar un vacío de ella. Es errónea, pues, la definición de Laurent

que identifica la analogía juris con los principios generales de derecho.

Para que el procedimiento analógico sea legítimo, es necesario que el caso nuevo no previsto sea no igual, pues entonces bastaría la interpretación extensiva, sino semejante al previsto por la ley. La semejanza es aquí condición *sine qua non*, desde que la analogía sin ella no podría operar (Ruggiero). El intérprete deberá pues, discriminar con pulcritud entre lo que es esencial y lo que es meramente accidental en el supuesto legal, así como en el nuevo supuesto que va a resolver, para constatar si realmente hay semejanza entre uno y otro en los datos esenciales inherentes a ambos.

La analogía no funciona con referencia al derecho de carácter excepcional; tampoco en materia de privilegios ni ante enumeraciones taxativas. Por otra parte, está desterrada de la ley penal y de las leyes tributarias. Se puede exponer algunos casos de analogía. Así, de aplicarse a la responsabilidad delictual la regla del art. 1323 sobre responsabilidad convencional, en cuanto a las limitaciones del ámbito del daño reparable; de aplicarse para cualquier caso de imposibilidad de entrega de la cosa, lo dispuesto en el art. 1175 sobre pérdidas; de aplicarse a la herencia entre hermanos lo dispuesto en el art. 771 sobre herencia de otros parientes colaterales, en cuanto a que la herencia se divide sin distinción de líneas ni de doble o simple vínculo; de funcionar lo indicado en el art. 908, que se refiere a fundo, nave, negocio industrial (en cuanto es un bien indiviso y respecto al cual cualquiera de los copartícipes puede emprender trabajos de explotación normal), también para el caso de buque o mina; de aplicarse el art. 698, que mienta el testamento marítimo, al producido en una nave aérea; de aplicarse los arts. XVII y XVIII a todas las obligaciones de origen convencional; de conceptualizar que lo indicado en el art. 1571 en cuanto al contrato de trabajo, también concierne al empleado a sueldo o comisión. Los arts. 877, 1364, 1679, 1748, 1770, 1208 se remiten expresamente a su posible aplicación analógica. Todos estos casos son de *analogía legis*. Como casos de *analogía juris*, puede citarse la consideración consistente que en todo supuesto de nulidad de acto jurídico y sus efectos ante tercero, a éste último no le afecta la nulidad cuando ha adquirido la cosa de *lucro captando* y cuando obró de buena fé (sobre lo cual el Código se refiere sólo en cuanto a algunas relaciones jurídicas); la configuración de la representación en general, de la cual

no se ha ocupado el Código como un instituto independiente; la concepción de que los legados deben pagarse después de satisfechas las deudas de la herencia, sobre la cual nuestro Código no ha consagrado disposición expresa.

Pueden presentarse casos que no estén previstos por la ley, y entonces surgen las llamadas lagunas o vacíos de la misma. Ante tal deficiencia no le es permitido al juez eludir la decisión judicial, y debe recurrir a los principios generales del derecho. Hay cierta impresión para caracterizar concretamente lo que debe estimarse como constitutivo de los mismos. Para algunos son los postulados del derecho natural (así, el art. 7 del Código austriaco, el art. 16 del portugués), como *ratio non scripta* que señala las supremas ordenaciones de carácter jurídico. Para otros como Borasi y Mourlon, la noción informante es la equidad. El primero de los mentados escribe: que "cuando la ley es absolutamente silenciosa o cuando es imposible descubrir por interpretación el verdadero pensamiento de la ley, los jueces pueden entonces motivar sus decisiones sobre consideraciones sacadas exclusivamente de la equidad natural". Algunos han reputado que debe recurrirse a aquellos principios que se infieren del derecho romano, como la elaboración legislativa más perfecta producida por la inteligencia humana. Hay quienes sostienen que se debe distinguir entre los principios informantes del derecho nacional vigente en un país y los principios generales del derecho en el más latu sensu, o sea del derecho universal, prefiriéndose a los primeros y sólo acudiendo a los segundos cuando los primeros no sean suficientes para dar la solución.

El hablar del derecho natural es ligarse a una determinada concepción jurídica, la de dicha escuela, con los inconvenientes de adoptar de este modo una posición ortodoxa.

La equidad no puede ser el dato identificante de los principios generales del derecho. Ella opera sólo circunstancialmente frente a un caso concreto, respecto al cual no hay, pues, laguna legal, toda vez que lo que se procura con dicha equidad es atenuar el rigor del dispositivo. La aplicación de la equidad no representa otra cosa, de consiguiente, que un problema de interpretación de la ley. Escribe Legaz Lacambra: "importa, pues, fijarse en el hecho decisivo de que la equidad no es lo distinto de la justicia,

sino un cierto modo de ser justo, una dimensión ontológica de la propia justicia. La equidad es la justicia del caso concreto. El juez o legislador, cuando se encuentran en presencia de un caso determinado, tienen que atender sobretodo a su naturaleza individual para dar una solución proporcional o proporcionada a esa naturaleza”.

El sometimiento al derecho romano puede explicarse sólo como un hecho circunstancial, históricamente considerado. El hombre es un ser progresivo, y en el mundo jurídico sus avances han superado en muchos puntos los límites que alcanzó tal derecho romano. Escribe Legaz Lacambra que “la identificación de los principios generales con los del Derecho romano tiene un valor puramente histórico y no podría sostenerse hoy en serio”.

Lo que sí interesa es atender a la discriminación entre principios generales del derecho positivo nacional y principios generales del derecho universal. Espínola y Espínola escriben: “resalta la significación y el valor de la división, por la conveniencia de dar atención en primer lugar a los principios generales del derecho nacional; lo que producirá la precisa consecuencia práctica de mantener la armonía de los fundamentos cardinales del derecho práctico, admitiendo sólo la introducción de elementos transportados de sistemas extraños, cuando no haya posibilidad de decidir conforme a los factores del derecho nacional”. El art. 12 del Código italiano se refiere a los principios generales del ordenamiento jurídico del Estado. Barbero escribe: “Estos principios generales constituyeron durante mucho tiempo una categoría de valores de no fácil determinación. Fueron algunas veces individualizados como los principios sumos de la razón jurídica o del derecho natural; otras veces como la regla del derecho romano. Empero, finalmente la doctrina se había orientado en conjunto hacia este concepto: principios del ordenamiento positivo, resultantes, por vía de sucesivas abstracciones, del total de las normas particulares, como aquéllos de los cuales las mismas normas particulares habrían sacado su inspiración. En otros términos, principios anteriores al ordenamiento positivo, en los cuales, empero, se ha inspirado el mismo legislador y que a través de la legislación concreta han penetrado en el ordenamiento jurídico a manera de pilares fundamentales de su estructura, aun cuando formalmente inexpressados”.

El art. 1.º del Código suizo de 1909 prescribe que la insuficiencia legal se suple por el juez, decidiendo en el caso concreto

de acuerdo con la regla que él mismo establecería si fuese legislador, pero debiendo inspirarse para ello en la doctrina y la jurisprudencia consagradas.

La fórmula del codificador suizo es por demás elogiada. Ubica la estimación de los principios generales como una cuestión de la competencia del juez. Este tiene, así, una relativa facultad creadora con relación al caso concreto, insertándolo dentro de los principios generales del derecho (aunque el codificador suizo no haya mentado esta noción). En la consideración de los mismos no debe proceder en forma arbitraria; la facultad que se le concede no es una letra en blanco que el legislador acepta, para que llene su contenido el juez con absoluta libertad. No se trata de una concesión al llamado "derecho libre". El juez debe crear la norma; no hay otra alternativa, porque la ley no la ha preestablecido. Pero es una norma individual; en tanto que la norma legal es, por regla, general. De otro lado, el juez ha de inspirarse en la doctrina de la jurisprudencia consagradas (*bewährte Lehre*). Como anota Maximiliano, no bastan opiniones aisladas individuales, ni las enseñanzas de jurisconsultos sin relieve alguno; requiérese la consagración de la doctrina, por maestros de reputado prestigio y reconocida competencia. Como observa de Lacerda, el juez al recurrir a los principios generales de derecho, obra como el legislador al dictar la ley. Este se inspira también en los mismos principios para la dación de la norma legal, *in abstracto*, y el intérprete, el juez, se inspira también en ellos para dictar la norma *in concreto*, en caso de la laguna del derecho positivo.

El juez, goza, pues, de amplitud de apreciación para juzgar según los principios generales del derecho. Mas, no es una amplitud *ad nutum*. Geny ha planteado la concepción de la libre investigación científica. El juez procede conforme a su propio criterio; es decir, con autonomía decisoria, pero apoyando su enjuiciamiento en principios científicos, racionales, no arbitrarios, empirológicos. Su poder no es tan discrecional para convertir su obra en la propia de un *freies Recht*. Se inspirará en la "naturaleza de las cosas", en la opinión social. Tal como lo había indicado Runde y como se comprende de inmediato, la naturaleza de las cosas, considerada como fuente (*latu sensu*) del derecho positivo, reposa sobre el postulado que las relaciones de la vida social o, más generalmente, los elementos de hecho de toda organización jurídica llevan en sí las condiciones de su equilibrio y descubren por

así decirlo, ellos mismos, la norma que les debe regir. Nada más simple según esto, parece, que el considerar de cerca todas las relaciones humanas para discernir aquéllas que merecen reconocimiento jurídico, y encontrar la ley en ausencia de toda fuente formal (Geny). Cossio ha subrayado que la apreciación de los principios generales del derecho ha de inspirarse en un enjuiciamiento axiológico. Dice que el legislador cuando se refiere a tales principios "se refiere a los principios estimativos que son principios de comportamiento". "El derecho— agrega —contiene siempre y necesariamente juicios de valor". "Los principios generales del derecho son, así, estos juicios estimativos de valor muy generales o supremos, capaces de determinar la conducta de los hombres en razón de su intrínseco valor, de manera que faltando la norma legal que configure el comportamiento, siempre es posible traer a cuenta una norma que surja de aquel juicio estimativo preexistente a la acción legislativa, y al juicio de valor original que ella puede implicar". . . . "El derecho es conducta, y una conducta sin valor ontológicamente no puede ser". Deberá el juez, así, intuir la idea que explica la razón de ser del derecho. Considerará los datos axiológicos que determinan su apreciación estimativa. Los principios del derecho a que se refiere el art. XXIII representan, así, la idea suprema del mismo. En última instancia, se trata de determinar la dogmática jurídica en cuanto todo derecho está siempre basado en una concepción política y filosófica, de la cual recibe su concreto significado, como dice Legaz Lacambra "Los principios generales del derecho, como anota el mismo autor, no sólo han de tener validez filosófica ideal, sino que han de ser los de aquélla filosofía que ha servido precisamente de base a la legislación de que en concreto se trate. Los principios generales del derecho no son algo definible específicamente. Pero lo que ellos representan se alcanza a captar por la mentalidad del hombre jurídico. Ellos son el soporte y substancia de la ciencia misma del derecho, son las nociones básicas que fundamentan una aplicación concordante de la jurisprudencia, doctrina y legislación universales". "No olvidemos— escribe Spota— que en la configuración de esos principios generales el intérprete debe huir de todo subjetivismo y atenerse a aquél dato objetivo que surge de ese fondo común del derecho comparado, para así hallarse en condiciones de obrar científicamente. El derecho como ciencia es, entonces, la meta que ha de fijarse. Para ello ha de tener siempre presente las transformaciones económicas, so-

ciales y morales, a fin de darles satisfacción a través de la ley y de las demás fuentes del derecho. No es el caso, en verdad, de pretender la aplicación de instituciones disonantes con esa evolución".

Art. XXIV.—“La Corte dará cuenta al Congreso de los vacíos y defectos de la legislación”.

Art. XXV.—“Los jueces respecto de las Cortes Superiores y éstas respecto de la Corte Suprema tienen la obligación a que se refiere el artículo anterior”.

Aparicio y Gómez Sánchez transcribe con relación a estos artículos lo ordenado en la Novísima Recopilación (ley 7, tít. I, lib. II), que disponía: “Los Oidores deben pensar cuantas maneras se pueden catar, y cuantas leyes se pueden hacer para acortar los pleytos y excusar malicias; y deben hacer de ello relación al Rey, para que él faga dichas leyes, y las mande guardar, porque cumple al bien de su Reyno”.

Los artículos XI y XII del Código Nacional de 1852 contenían prescripciones en el fondo iguales a las del Código vigente.

Atinentemente a dichos numerales Lama expresaba: “Respecto de los defectos que se notan en la legislación, como los jueces por razón de su oficio, manejan cotidianamente las leyes y las aplican a los casos en que se les presente, nadie se halla en situación más aparente que ellos para descubrir y notar los defectos y los vacíos de la legislación; y por lo tanto es muy acertada la obligación que nuestro Código Civil les impone de dar cuenta al Congreso en cada legislatura, de los defectos que adviertan en las leyes, debiendo hacerlo la Corte Suprema directamente y los jueces tribunales superiores por conducto de ella”.

El art. XXIV, guarda concordancia con lo dispuesto en el art. 5 del Código de Chile y el 14 del de Uruguay.

El art. XXIV atendiendo al caso de los "vacíos" y "defectos" de la legislación, conduce en unos casos a la interpretación auténtica y en otros a la dación de leyes sobre cuestiones no consideradas en la legislación vigente.

La división de poderes públicos, la autonomía funcional del Legislativo y del Judicial, explican lo ordenado en el art. XXIV. La dación de la ley corresponde al primero. El segundo, por intermedio de su más alto órgano representativo tiene, empero, iniciativa en la formación de la misma, pero sólo en materia judicial. Así lo dispone el art. 124 de la Constitución.

Cuando la Corte Suprema encuentra oscura o deficiente una ley, puede solicitar del Congreso la dación de una nueva ley, que llene o subsane tales defectos. De tal modo, se obtiene una interpretación auténtica. El caso tiene un antecedente conocido en Francia. Dualde escribe: "el decreto orgánico de 16-24 de agosto de 1790 instauró el régimen de división de los poderes, y por lo que se refiere a las relaciones del legislativo con el judicial, éste quedó casi nulo. El pensamiento de Montesquieu se convirtió en hecho". Agrega "Como complemento de este régimen se estableció, por el citado decreto (art. 12, tit. I), el *referé* legislativo facultativo, por virtud del cual, los jueces, siempre que hubieran de interpretar una ley, habían de dirigirse al cuerpo legislativo. El nombre de facultativo enmascara un tanto su carácter obligatorio, porque lo único que se entregaba a la apreciación del juez era la facultad de apreciar la necesidad de la interpretación; pero una vez producida esta contingencia, en cuanto el juez se viera necesitado de interpretar, necesariamente debía acudir al cuerpo legislativo. Este sistema tuvo su repercusión en nuestra Constitución de 1812, donde el número décimo del artículo 261 establecía que tocaba al Tribunal Supremo "oír las dudas de los demás Tribunales sobre la inteligencia de alguna ley, y consultar sobre ellas al rey con los fundamentos que hubiere, *para que promueva la conveniente declaración de las Cortes*".

Pero, además, la Corte Suprema nacional puede dirigirse al Congreso, para que subsane los vacíos de la legislación nacional. No se trata entonces de solicitar una nueva ley que aclare o complete una anterior; no se trata de una interpretación auténtica. Es el caso de dación de una nueva ley, sobre un punto no considerado en general por la legislación vigente. El art. 14 del Código uruguayo es a este respecto más explícito que el art. XXIV del nuestro, cuando aquél indica que "La Alta Corte de Justicia y los

Tribunales de apelaciones, siempre que lo crean conveniente, darán cuenta al Poder Ejecutivo de las dudas y dificultades que les hayan ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que noten en ellas, a fin de que el Poder Ejecutivo inicie ante el Cuerpo Legislativo, sea la interpretación de las leyes existentes, sea la sanción de nuevas leyes”.

Desde luego, el Congreso puede tomar o nó en consideración las sugerencias que le formule la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a la facultad que a ésta le acuerda el art. XXV.

Con el artículo XXIV se relaciona el art. 56. inciso 3.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que dispone: “Son igualmente atribuciones de la Corte Suprema: Manifestar al Congreso los defectos que noten en la legislación”.

JOSÉ LEÓN BARANDIARÁN.
