

La Capacidad Cambiaria en el Derecho Internacional Privado

(ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS LEGISLACIONES AMERICANAS)

INTRODUCCION

Bajo el patrocinio de la Universidad de Michigan y por intermedio de su Facultad de Derecho, se constituyó el "Research in Inter-American Law" cuyas actividades fueron orientadas auspiciosamente para promover el estudio comparativo de las legislaciones americanas. Se tuvo en cuenta para ello, como fundamento primordial, el beneficio que una investigación de esa naturaleza podría ofrecer para el desenvolvimiento de las relaciones comerciales entre los países del Continente Americano.

El establecimiento de este Instituto de Derecho Comparado en los Estados Unidos, ha representado un nuevo impulso de valioso significado cultural en el empeñoso afán de aproximar las legislaciones americanas como medio para revitalizar las relaciones internacionales. La vastedad y riqueza de caudal jurídico en estos países, por otro lado, que ya fueran reconocidas por el laborioso Instituto de Derecho Comparado de Lyon, presenta un panorama interesante y arduo para las investigaciones legales. Al mismo tiempo, la existencia de dos culturas jurídicas disímiles, la Anglo-Americana y la Románica, agudiza la necesidad de un entendimiento.

Aun cuando el objetivo principal de la obra emprendida por el "Research in Inter-American Law" ha sido el de aportar materiales sobre los cuales más adelante puedan formularse bases apropiadas para la unificación, no ha descuidado tampoco el considerar en sus trabajos el estudio de las reglas de Derecho In-

ternacional Privado. Al delinear sus objetivos se ponía de manifiesto que, a pesar del interés e importancia en la revisión de las normas de conflicto de leyes, la atención dedicada a esa tarea ha sido hasta ahora reducida. De allí que al precisar los alcances del proyecto, se dijera que al examinar los aspectos legales del comercio internacional, debería darse atención no solamente a las provisiones de los respectivos sistemas nacionales, sino también a aquellas que, sujetas a las reglas de conflicto de leyes, se aplican indistintamente a las transacciones nacionales o internacionales.

Producto de la incursión en el campo del Derecho Internacional Privado, dentro del programa desarrollado por el "Research in Inter-American Law", es el presente trabajo sobre la capacidad personal. Nuestro estudio se concreta al examen de las reglas pertinentes a la capacidad de las personas físicas o individuales. La mención que del *status* se hace en el curso de este trabajo, tiene sólo un carácter complementario e incidental. Es el estado de familia, según la clasificación tripartita de las Institutas de Justiniano, que convivía con el estado de libertad y con el estado de ciudad. De esos tres tipos de *status* según sabemos, subsiste únicamente el de familia, ya que el de libertad quedó suprimido al abolirse la esclavitud, y el de ciudad ha sido transferido al derecho público por tratarse de los derechos políticos; solamente conservándose la igualdad de los derechos civiles. Dicho *status* es ordinario considerado en las legislaciones latino-americanas junto con la capacidad de las personas, sujetándose ambos al mismo precepto legal. De allí que la referencia a él aparezca necesariamente en diversas oportunidades, al tratar de la capacidad personal.

De acuerdo con la índole del "Research in Inter-American Law", expresada por otra parte en su misma denominación, la esfera de nuestras investigaciones se concreta a las legislaciones de los países americanos, teniéndose en cuenta sobre todo el interés inmediato que existe en su conciliación. Al practicar su examen, se ha tomado en consideración también la limitada jurisprudencia que sobre la materia existe en el campo del Derecho Internacional Privado. En general, al trazar las características de la legislación propia de cada país, hemos tratado especialmente de concretar los puntos fundamentales sobre los cuales gira la aplicación del principio matriz.

Al tratar de la técnica de la unificación del Derecho Privado, el Profesor de la Universidad de Cambridge, H. C. Gutteridge, ha señalado las tres distintas etapas de ese proceso y por cuya separación aboga: la primera, el estudio preliminar de las reglas de derecho sobre bases comparativas, con el propósito de descubrir las divergencias existentes; la segunda, la utilización de esos resultados en forma constructiva, con el propósito de formular las normas pertinentes para la unificación; y la tercera, la del trabajo diplomático o legislativo para darle forma oficial a esos resultados. El Research in Inter-American Law, haciendo suya la demarcación establecida por Gutteridge, ha concretado su misión a la primera de las etapas indicadas. Sin embargo, aun cuando no se intenta la formulación de reglas precisas, que en nuestro caso serían las de conflicto de leyes, quedan sentadas las bases que favorecerán esa formulación.

Comprendiéndose la conveniencia de limitar estas investigaciones a materias específicas de la legislación comercial, se ha escogido como campo de acción lo concerniente a Instrumentos Negociables, con énfasis en el estudio de la letra de cambio. Así, en el presente trabajo, la letra de cambio resulta el eje al rededor del cual se hace el examen de las normas de Derecho Internacional Privado sobre capacidad cambiaria. En este examen, la referencia a la legislación civil es indispensable, dado que la regla de conflicto correspondiente a la capacidad cambiaria es, en la mayoría de los casos por falta de disposición expresa, la misma de la ley civil. Y aún en aquellas legislaciones en las cuales existe disposición especial en la ley comercial, hacemos sin embargo referencia a la regla en general de la ley civil. Esto se explica debido a que, por ser la regla sobre capacidad de la ley civil la predominante, es ella la que ha sido tomada como base para la clasificación que seguimos en nuestro estudio.

El carácter eminentemente expositivo de este trabajo, ha sido la consideración principal para no dar cabida a elaboraciones doctrinarias. El análisis de las disposiciones legales ha sido el propósito fundamental aun cuando no exclusivo. A base de tal análisis se ha practicado la clasificación de las diversas legislaciones y agrupamiento por sistemas. A cada uno de estos sistemas o grupo de países que caen bajo el mismo sistema, corresponde un capítulo de este trabajo que ha sido integrado, además, con un capítulo dedicado a las Convenciones Internacionales. En el primer capítulo se hace una revisión condensada de la materia.

Cuando a través de nuestro estudio empleamos la expresión "ley personal", debe ser entendida como comprendiendo indistinta y simultáneamente, tanto el principio del domicilio como el de la ley nacional. Tal expresión es generalmente usada para oponerla a la de "ley territorial". Es por lo tanto una expresión de carácter general, comunmente aceptada, que abarca aquellos dos sistemas en los que el elemento personal resalta sobre el elemento territorial; aún siendo cierto, como afirma el tratadista francés Chausse, que en el principio del domicilio se armonizan caracteres del principio territorial y del de la nacionalidad, ya que tiene de la primera el vínculo estable con el territorio y de la segunda la concepción de la personalidad de la sede jurídica del individuo. Es menester indicar también que la expresión "ley personal" debe ser a su vez distinguida de la de "personalidad de la ley", con la que se tipifica exclusivamente a la ley nacional.

Nuestra tarea al confeccionar esta monografía, que fuera concluida en 1945, contó con la colaboración eficiente del personal de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan. En los resultados obtenidos debemos acreditar la parte que corresponde al material bibliográfico latino-americano de que dispone esa Biblioteca, y a las facilidades que nos fueran prestadas para la consecución de nuestro plan.

Nos complace mencionar aquí también la cooperación indeclinable del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan, Profesor Blythe Stason, cuya cabal comprensión de la importancia y magnitud del "Research in Inter-American Law", ha sido benéfica para la solución de los problemas inherentes a una empresa de esta naturaleza.

Finalmente, nuestra palabra de reconocimiento para la obra incansable del Director del Research in Inter-American Law, Profesor Hessel E. Yntema, bajo cuya supervisión y consejo se llevaron a cabo estos trabajos de investigación jurídica. Partidario entusiasta de los estudios de Derecho Comparado, ha sido calificado por Lambert como uno de los promotores de la enseñanza social del Derecho en los Estados Unidos. Su confianza en las posibilidades que para el desarrollo cultural y comercial así como para la solidaridad continental, ofrecen los estudios de Derecho Comparado, queda patentizada en sus esfuerzos al frente del "Research in Inter-American Law".

ABREVIATURAS

I.—TERMINOS GENERALES.

A.	Appeals, apelación, appellate.
B. E. A.	Bills of Exchange Act.
C.	Code, código; corte, court.
Cám.	Cámara.
Cas..	Casación.
Civ.	Civil.
Com.	Comercial.
Do.	Derecho, direito, diritto, droit; diario, district, distrito.
Dec.	Decreto.
Ej.	Ejecutoria, ejecutivo.
Enj.	Enjuiciamiento.
F.	Federal.
G., gac.	Gaceta.
I.	Internacional.
J.	Journal, judicial, jurisprudencia, justicia.
Li.	Law, ley, loi.
L. U.	Ley uniforme.
Meré.	Mercantil.
N., nac.	Nacional, nación.
n. (ns.)	Nota, note.
N. I. L.	Negotiable Instruments Law.
No. (Nos.)	Número, number.
O.	Oficial.
P.	Poder, procedimiento, procedure, private.
R.	Registro, reglamento, report.
R. U.	Reglamento uniforme.
S.	Supremo, supreme.
T.	Tribunal.
U.	Uniforme, uniform.

II.—REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- A. Atlantic Reporter, National Reporter System EE. UU.
- A. C. English Law Reports, Appeal Cases 1891. Inglaterra.
- Acordaos Brasil—Acordaos. Repertorio de jurisprudencia dos tribunais brasileiros. Brasil.
- Ala. Alabama Reports. EE. UU.
- Am. Dec. American Decisions. EE. UU.
- Am. Rep. American Reports. Selected Cases. EE. UU.
- An. Dipl. y Cons. Anales diplomáticos y consulares. Colombia.
- An. Fac. D. y Cien. Pol. Bogotá Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Bogotá. Colombia.
- An. Fac. D. y Cien. Soc. Buenos Aires Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias sociales de la Universidad de Buenos Aires. Argentina.
- An. J. Anales judiciales de la Corte Suprema. Perú.
- An. J., D. F. y Terr. Anales de jurisprudencia del Distrito Federal y territorios. México.
- An. Soc. Cub. D. I. Anuario de la Sociedad cubana de Derecho Internacional. Cuba.
- An. Univ. Cen. Anales de la Universidad Central. Ecuador.
- App. Cas. Appeal Cases, English Law Reports 1876 - 1890 Inglaterra.
- App. Div. New York Supreme Court, Appellate Division Reports. EE. UU.
- Ark. Arkansas Reports. EE. UU.
- B. Acad. Cien. Pol. y Soc. Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Venezuela.
- B. & Ald. Barnewall and Alderson, English King's Bench Reports. Inglaterra.
- B. Fac. D. y Cien. Soc. Córdoba Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba. Argentina.
- B. J. (Dom.) Boletín Judicial. Organó de la Suprema Corte de Justicia. República Dominicana.
- B. J. (Nic.) Boletín Judicial. Nicaragua.
- B. Leg. Com. Nac. Codif. Boletín de Legislación de la Comisión Nacional Codificadora. Cuba.
- B. & P. Bosanquet and Puller, English Common Pleas, Exchequer and House of Lords Reports. Inglaterra.
- Brit. Irbk. I. L. British Yearbook of International Law. Inglaterra.
- Bro. P. C. Brown, English Parliamentary Cases. Inglaterra.
- Cal. California Reports. EE. UU.

Call. Ap.	California Appeals Reports. EE. UU.
C. J.	Corpus Juris. EE. UU.
Colección de Leyes.	Colección de leyes, decretos, acuerdos y resoluciones. Ecuador.
Col. de Tratados	Colección de tratados vigentes en la República de Bolivia 1856-1920. Bolivia.
Conn.	Connecticut Reports. EE. UU.
Crompt., M. & R.	Crompton, Meeson and Roscoe, English Exchequer Reports. Inglaterra.
Cult. Jur.	Cultura Jurídica. Venezuela.
D. C.	District of Columbia Reports. EE. UU.
Digesto	Corpus juris civilis. Digesto teórico - práctico. España.
Direito	Direito. Brasil.
D. L. R.	Dominion Law Reports. Canadá.
El Foro Hon.	El foro hondureño. Honduras.
Eng. C. L.	English Common Law Reports. Inglaterra.
Eng. Rep.	English Reports, Inglaterra.
Esp.	Espinasse, English Nisi Prius Reports. Inglaterra.
F. (2d)	Federal Reporter, Second Series, National Reporter System. EE. UU.
Fac. D. Univ. B.	Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigaciones. Argentina.
A. Inv.	
Fallos Cám. Fed.	Fallos de la exma. Cámara Federal de Apelación de la Capital. Argentina.
Fallos, C. S.	Fallos de la Corte Suprema de Justicia Nacional. Argentina.
Fed. Rep.	Federal Reporter, National Reporter System. EE. UU.
Fla.	Florida Reports. EE. UU.
Giur. Comp. D. I.	Giurisprudenza comparata di Diritto Internazionale Privato. Italia.
P.	
G. J.	Gazeta jurídica, Brasil.
G. T.	Gaceta de los tribunales. Guatemala.
Hun.	Hun, New York Supreme Court Reports. EE. UU.
Ind.	Indiana Reports. EE. UU.
J. A.	Jurisprudencia Argentina. Argentina.
J. al Día.	Jurisprudencia al Día. Cuba.
J. Civ.	Jurisprudencia civil. España.
J. Comp. Leg.	Journal of Comparative Legislation and International Law. Inglaterra.
J. D. I. P.	Journal du Droit International Privé et de la jurisprudence comparée. Francia.
Juris. T. S.	Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Cuba.
Jur. Méx.	Jurisprudencia mexicana. México.
Jus. Uru.	La justicia uruguaya. Uruguay.

Ky.	Kentucky Reports. EE. UU.
La.	Louisiana Reports. EE. UU.
Leyes	Leyes expedidas por la asamblea nacional. Panamá.
Leyes y Decretos	Recopilación de leyes y decretos. Venezuela.
L. Q. R.	Law Quarterly Review. Inglaterra.
L. R. Se. App.	Law Reports, Scotch Appeals. Inglaterra.
Martin N. S.	Martin, Louisiana Reports, New Series. EE. UU.
Mass.	Massachusetts Reports. EE. UU.
Me.	Maine Reports. EE. UU.
Mem.	Memoria de la Corte Federal y de Casación. Venezuela.
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review. EE. UU.
Minn. L.	Minnesota Law Review. EE. UU.
Mo.	Missouri Reports. EE. UU.
Mo. App.	Missouri Appeal Reports. EE. UU.
N. C.	North Carolina Reports. EE. UU.
Neb.	Nebraska Reports. EE. UU.
N. H.	New Hampshire Reports. EE. UU.
N. E.	Northeastern Reporter, National Reporter System. EE. UU.
N. W.	Northwestern Reporter, National Reporter System. EE. UU.
N. Y.	New York Court of Appeals Reports. EE. UU.
N. Y. L. J.	New York Law Journal. EE. UU.
N. Y. S.	New York Supplement, National Reporter System. EE. UU.
O direito	O direito. Brasil.
Okla.	Oklahoma Reports. EE. UU.
P. (2d)	Pacific Reporter, Second Series, National Reporter System. EE. UU.
() P.	English Law Reports, Probate Division. Inglaterra.
Pa.	Pennsylvania State Reports. EE. UU.
Pac.	Pacific Reporter, National Reporter System. EE. UU.
Pa. St.	Pennsylvania State Reports. EE. UU.
P. D.	Probate Division, English Law Reports. Inglaterra.
Recopilación	Recopilación de leyes. Guatemala.
Recueil	Recueil de cours, Académie de Droit International. Francia.
Rép. D. I.	Répertoire de Droit International. Francia.
Rép. Jud.	Repertorio Judicial. Cuba.
Rev. Acad.	Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia. Colombia.
Rev. Arg. D. I.	Revista Argentina de Derecho Internacional. Argentina.

- Rev. Col. A. Buenos Aires
 Rev. Crít. Jud.
 Rev. D.
 Rev. D. Hist. y let.
 Rev. D. I. (Cuba)
 Rev. D. I. (Belga).
 Rev. D. I. P.
 Rev. D. J.
 Rev. D. J. y Adm.
 Rev. D. P.
 Rev. Fac. D. Buenos Aires
 Rev. For. (Bra.)
 Rev. Fr. (Ec.)
 Rev. Gen. D. y J.
 Rev. Jur. Arg.
 Rev. Jur. (Bol.)
 Rev. Jur. (Bra.)
 Rev. Jur. (Río.)
 Rev. Peru. D. I.
 Rev. S. T.
 Rev. T. (Bra.)
 Rev. T. (Perú)
 Rev. Univ. Arequipa
 Riv. D. Com.
 S. C.
 S. C. (H. L.)
 S. E.
 Sem. Jud. Fed.
 So.
 S. W.
- Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires. Argentina.
 Revista de Crítica Judicial. Brasil.
 Revista de direito civil, commercial e criminal. Brasil.
 Revista de Derecho, Historia y Letras. Argentina.
 Revista de Derecho Internacional. Cuba.
 Revue de droit international et de législation comparée. Bélgica.
 Revue de Droit International Privé. Francia.
 Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales. Chile.
 Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración. Uruguay.
 Revista de Derecho Privado. España.
 Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.
 Revista Forense. Brasil.
 Revista Forense. Ecuador.
 Revista General de Derecho y Jurisprudencia. México.
 Revista Jurídica Argentina. Argentina.
 Revista Jurídica. Bolivia.
 Revista Jurídica. Brasil.
 Revista Jurídica. Orgao cultural da Faculdade de direito da Universidade do Rio de Janeiro. Brasil.
 Revista peruana de Derecho Internacional. Perú.
 Revista do Supremo Tribunal. Brasil.
 Revista dos tribunaes. Brasil.
 Revista de los tribunales. Perú.
 Revista de la Universidad de Arequipa. Perú.
 Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni Italia.
 South Carolina Reports.
 Court of Session Cases (Scotland) (House of Lords) Inglaterra.
 Southeastern Reporter, National Reporter System. EE. UU.
 Semanario Judicial de la Federación. México.
 Southern Reporter, National Reporter System. EE. UU.
 Southwestern Reporter, National Reporter System. EE. UU.

S. W. (2d)	Southwestern Reporter, Second Series, National Reporter System. EE. UU.
Sw. & Tr.	Swabey and Tristram, English Probate and Divorce Reports. Inglaterra.
Tenn.	Tennessee Reports. EE. UU.
Tex.	Texas Reports. EE. UU.
Tex. Civ. App.	Texas Civil Appeals Reports. EE. UU.
Tulane L. Rev.	Tulane Law Review. EE. UU.
U. S.	United States Reports. EE. UU.
Va.	Virginia Reports. EE. UU.
Wash C. C.	Washington, United States Circuit Court Reports. EE. UU.
Yale L. Rev.	Yale Law Review. EE. UU.
Wend.	Wendell, Reports, New York. EE. UU.

CAPITULO I

GENERALIDADES

Sumario: 1. Los conflictos de leyes y la capacidad cambiaria.—2. Países que combinan la territorialidad con la personalidad.—3. Países que combinan el principio del domicilio con el de la nacionalidad.—4. Países que adoptan el sistema de la ley nacional.—5. Países que siguen el sistema del domicilio.—6. Países que siguen el sistema de la territorialidad.—7. Convenciones internacionales.—8. Síntesis de la evolución continental. Principios dominantes.

1.—*Los conflictos de leyes y la capacidad cambiaria.*—La solución de los conflictos de leyes en materia de obligaciones cambiarias, es de capital importancia en el comercio internacional. Decía Montesquieu que:

“Le commerce a fait que la connaissance des mœurs des toutes les nations a pénétré partout: on les a comparées, entre elles, et il en a résulté de grands biens”. (1)

Pero ha tenido como resultado, al mismo tiempo, agudizar la necesidad de un entendimiento legislativo internacional. Los tratadistas, a la par que las cortes, reconocen la urgencia de aplicar la ley extranjera cuando en el contrato existan elementos que justifiquen o requieran dicha aplicación. Esto se producirá frecuentemente al tratarse de que las partes pertenezcan a distintos países o a que uno o más actos deban ser cumplidos en lugar distinto de aquél en que se suscribió la obligación. Como dice Arthur H. Kuhn, hay un gran número de conflictos que nacen de la diversidad de legislaciones relativos a las obligaciones civiles y comerciales en general, y que se producen naturalmente cuando se trata de efectos de comercio. (2)

Conocida es la expresión de Brocher, de que la letra de cambio es uno de los más poderosos auxiliares de las transacciones internacionales, que en carrera vagabunda e incierta en la que no respeta fronteras, recoge y lleva de un lugar a otro obligaciones que, nacidas en un territorio, se transmiten, ejecutan o prescriben

(1) Montesquieu, *De l'esprit des lois* 297.

(2) Kuhn, “Les effets de commerce en Droit International” (1925) 8 *Recueil* 144.

sobre otro. (3) Esto está invívito en la naturaleza misma del documento cambiario en su tráfico internacional. Los distintos actos a que da lugar, tales como la emisión, aceptación, endoso, pago, aval, intervención y protesto, pueden por lo tanto tener su asiento en países distintos. Y como por otra parte, los principios adoptados por ellos difieren en muchos casos sustancialmente, se tendrá el que cada uno de dichos actos pueda ser regido por leyes diferentes. Se comprenderá entonces fácilmente la razón por la cual es la letra de cambio entre los contratos comerciales, la que motiva mayor número de conflictos de leyes. (4)

Esa repetida intervención de distintos países y personas, hacen pues que entren en contacto leyes diferentes, originándose cuestiones que corresponden al Derecho Internacional Privado y que es necesario distinguir. Se refieren a la capacidad de las partes y a la forma y fondo del documento mismo. (5) De esos tres aspectos, sólo nos ocupamos en este trabajo del que trata de la capacidad de las partes y de las leyes que la regulan.

Hasta ahora ha sido prácticamente imposible dentro de la legislación uniforme, resolver los problemas que lindan con la capacidad. La falta de uniformidad en esta materia, hace imprescindible la determinación de la ley aplicable. Y es por eso también, como dice Buzzati, que la capacidad es el punto más importante dentro del estudio de los conflictos de leyes. (6)

Dentro de los problemas que más comunmente afectan lo relativo a la capacidad, están por ejemplo el de la edad necesaria para adquirir la capacidad de hecho: que implica cuestiones de relación social y discernimiento; el de las incapacidades de hecho que sufre la mujer casada; y el de las incapacidades generales que por excepción mantienen algunas legislaciones. Problemas en general que se refieren a restricciones y limitaciones a la capacidad y a las condiciones que se requieren para su ejercicio. Interesan principalmente al Derecho Internacional Privado, los puntos relativos a los menores y a las mujeres casadas, dado que, como dice Lorenzen:

(3) Brocher, 2 Cours de Droit International Privé 294. Idénticas expresiones se encuentran también en su "Etude sur la lettre de change" (1874) 6 Rev. D. I. (Fr.) 5.

(4) Cf. Gual Villalbí, Tratado de Derecho Mercantil 391.

(5) 4 Weiss 437; 4 Lyon-Caen y Renault 581, 624 Cf. José Matos 549.

(6) Buzzati, (1911) 43 Rev. D. I. (Fr.) 495.

"The principal conflicts that may arise will relate to the capacity of married women and infants". (7)

Y aún cuando desde el punto de vista estrictamente comercial, pueda afirmarse no ser frecuente el que tanto los menores como las mujeres casadas suscriban una obligación cambiaria, en términos generales sin embargo, el problema subsiste. La seguridad en la circulación internacional de un instrumento de crédito, requiere por otra parte el que se establezca la ley aplicable a la capacidad. (8)

L'Institut de Droit International, por ejemplo, se ha pronunciado al respecto en varias de sus reuniones: desde un punto de vista general en Oxford en 1880 y en Cambridge en 1939; y desde un punto de vista particular en Bruselas en 1885 a propósito de las letras de cambio (art. 2); en Heidelberg en 1887 y en Lausana en 1888, para el matrimonio y divorcio; en Hamburgo en 1891, para la tutela de menores; en Copenhague en 1895, para la relativa a los mayores; en Oslo en 1932, para la capacidad de menores, débiles mentales y pródigos. En el continente americano, los intentos han sido varios y generalmente con resultados precarios. Tal es por ejemplo, el caso de los Tratados de Montevideo que obligan solamente a seis países y el del Código Bustamante que dejó sin solución el problema relativo a la capacidad. Este Código, por otro lado, que reconoce la aplicación de la ley personal y que ha sido ratificado por la mayoría de los países americanos, ha sido aprobado con reservas tales que le restan verdadera fuerza de cohesión continental. En el momento actual, son todavía las respectivas legislaciones internas, las que en la mayoría de los casos hay que consultar para determinar la regla aplicable a la capacidad. Más adelante hemos de ver cuáles son las proporciones que corresponden, tanto a las reglas que proceden de los instrumentos internacionales, como a las que proceden de las leyes civiles y comerciales. Se observará así que en el proceso de adopción de la regla única de conflictos, el lugar preponderante pertenece por igual al trabajo y aceptación de

(7) Lorenzen, "The Conflict of Laws Applicable to Bills and Notes" (1917) 1 Minn. L. Rev. 11.

(8) Expresa la misma opinión, Guillermo de Montagú; "Bases para la unificación en materia de instrumentos negociables de giro y cambio" (1941) 39 Rev. D. I. (Cuba) 213. Según él, en lo concerniente a la incapacidad de las personas habrá de establecerse simplemente normas de Derecho Internacional Privado para solucionar los conflictos de leyes.

las convenciones internacionales como a la asimilación del mismo principio en las legislaciones internas.

2.—*Países que combinan la territorialidad con la personalidad.*—Dentro de este grupo están comprendidos todos aquellos países que, con mayor o menor fidelidad, han seguido el sistema implantado por el Código Civil chileno. De ellos, Colombia, (9) Ecuador, (10) y El Salvador (11) reproducen con ligeras variaciones el texto de la ley chilena. Costa Rica (12) modeló su propia fórmula orientada por la misma corriente. Panamá (13) por último, que tomó sin restricciones el principio de la ley nacional, lo hace convivir también con el de la territorialidad. En una u otra forma, las legislaciones de todos estos países responden al mismo criterio director. De allí que para todas ellas sirvan de pauta casi inalterable, las exposiciones del Código de Chile.

Andrés Bello, el redactor del Código Civil chileno de 1855, que se encuentra actualmente en vigencia, adoptó en forma modificada las disposiciones del Código austriaco. (14) Sobre ellas ejerció su influencia también el Código francés que está patente en la obra de Bello. Sin embargo, a pesar de haberse inspirado en él en gran parte, no fué esta la única de sus fuentes. En ese sentido su carácter ecléctico es notorio. (15) Se ha hablado equivocadamente de la influencia ejercida por la ley francesa. De la extensión alcanzada por tal influencia nos ocupamos con ma-

(9) Col.—C. P. y M., art. 57 sustitutivo del artículo 18 del Código Civil; C. Civ., art. 19.

(10) Ec.—C. Civ., arts. 13, 14.

(11) El Sal.—C. Civ., arts. 14, 15.

(12) C. R.—C. Civ., art. 3.

(13) Pan.—C. Civ., arts. 1, 5.

(14) La provisión fundamental del Código austriaco es la siguiente:

§ 4 The civil statutes bind all citizens of the states (que quiere decir el *Länder* austriaco) for which they are published. Citizens remain bound by these statutes also as to acts and transactions which they perform outside the state territory in so far as their legal capacity to undertake them is restricted by the statutes and these acts and transactions are also to produce legal effects in these states (*Länder*). In how far foreigners are bound by the statutes is laid down in the following titles of this Code.

"Die bürgerlichen Gesetze verbinden alle Staatsbürger der Länder, für welche sie kundgemacht worden sind. Die Staatsbürger bleiben auch in Handlungen und Geschäften, die sie ausser dem Staatsgebiete vornehmen, audiese Gesetze gebunden, insoweit als ihre persönliche Fähigkeit, sie zu unternehmen, dadurch eingeschränkt wird, und als diese Handlungen und Geschäfte zugleich in diesen Ländern rechtliche Folgen hervorbringen sollen. Inwiefern die Fremden an diese Gesetze gebunden sind, wird in dem folgenden Hauptstücke bestimmt".

(15) Borja, "La influencia del Código Civil francés en el Ecuador" (1934) 22 Rev. For. (Ec.) 226.

yor latitud en el curso de este trabajo. (16) Los artículos 14 y 15 del Código Civil chileno a los que se refieren estas líneas, nos indicarán la forma en que se refleja esa trasposición. (17)

Según el artículo 14 del Código chileno, todo habitante del país, aún cuando pueda no ser ciudadano o estar domiciliado, técnicamente hablando, está sujeto a la ley de Chile. Por el artículo 15 del mismo cuerpo de leyes, se declara además que la ley nacional es aplicable a los nacionales chilenos residentes en el extranjero, en lo concerniente a su capacidad en cuanto a ciertas transacciones que hayan de producir sus efectos en el país, y con respecto a relaciones de familia. El primero de dichos artículos, se refiere pues a los efectos de la ley dentro del territorio; y el segundo, a los que se le atribuye fuera de él. La aplicación de estos principios a la capacidad cambiaria se produce a falta de disposición expresa en la ley mercantil chilena sobre el particular. A este respecto, la misma es la situación que se produce en cuanto a la capacidad cambiaria en los demás países de este grupo, excepto en el Ecuador y Panamá en los que como veremos sí existe regla especial. (18)

La disposición del artículo 14 de la ley civil chilena ha sido acremente criticada (19) y en algunos casos entusiastamente defendida. (20) Produjo un cambio de notas diplomáticas entre Chile y Francia, debido a la protesta del Gobierno Francés contra la aplicación de la ley chilena a ciudadanos franceses residentes en Chile. (21) Representa junto con su complemento, el artículo 15, un amalgamiento de la territorialidad con la persona-

(16) Cf. *infra*, Cap. II, No. 4, p. 75 y ss.

(17) Las notas de Bello que así lo indican se encuentran referidas en 1 Restrepo Hernández 93 § 148.

(18) Cf. *infra*, Cap. II (C.—Ecuador), No. 4, p. 95 y Cap. II F.—Panamá), No. 3, p. 110.

(19) Cf. Champeau, "De la condition des étrangers en Colombie".

(1894) 21 J. D. I. P. (Fr.) 932; Uribe, "Le droit international privé dans la législation colombienne".

(1911) Rev. D. I. P. (Fr.) 322; ambos con respecto a Colombia. 1 Borja 211-13. Montaner, "Introducción al curso de Derecho Internacional Privado en 1917" (1918) 15 Rev. D. J.

pt. 1, (Chile) 144 § 6. Salazar Flor 65 y también se encuentra la misma obra en (1935) 54 An. Univ. Cen. (Ec.) 435; Pérez Guerrero, "Fundamentos del derecho civil ecuatoriano" (1940) 63 An. Univ. Cen. (Ec.) 426, *op. cit.* tomo 64, p. 93; ambos con referencia al Ecuador.

(20) Su más ardoroso propugnador; 1 Fabres 49.

(21) 3 Weiss 255 menciona una nota diplomática del 20 de Agosto de 1882, en la cual el Ministro Vergara se refiere a una interpretación restrictiva del artículo 14.

lidad (22) que ha sido calificado de anómalo. (23) Según el artículo 15, como veremos posteriormente con más atención, la ley aplicable al estado y capacidad de los chilenos, para los actos o contratos que surtan su efecto en Chile, es la de la nacionalidad. Su carácter de simple excepción al artículo 14, le impide ser tan amplio como para estatuir que los nacionales quedan sujetos a la ley patria en lo concerniente a su estado y capacidad, aún cuando se tratare de actos que no tengan efecto en el país. Tal es también la situación en los países restantes, con excepción de Panamá que no limita la ley nacional en la regulación de la capacidad de los panameños, como sucede en los otros países, a los actos que se ejecuten o tengan efectos en el país.

Debido a la configuración del sistema adoptado en Chile y en los países que lo siguieron, no es difícil que puedan producirse dificultades de orden práctico. (24) Ya en Colombia se discute por la Comisión Reformadora del Código Civil la conveniencia de reemplazar el sistema existente por el más simple de la ley del domicilio. (25)

En la Convención de la Habana, al votarse el Código Bustamante, los miembros de las Delegaciones de Costa Rica y Colombia se pronunciaron abiertamente en favor del principio del domicilio al censurar la fórmula adoptada por el Código de Derecho Internacional Privado. Conjuntamente dijeron que:

"Upon accepting the compromise set forth in Article seven between the European doctrine of the personality of the law and the genuinely American doctrine of domicile for regulating the civil status and capacity of persons in private international law, declare that they accept this Code, to which all the nations of America are looking forward as one of the most transcendental accomplishments of this Conference; but the subscribing Delegations emphatically assert that such a compromise should be transitory because juridical unity must be accomplished in the

(22) Matos 277 § 175. Salazar Flor 131, (1935) 54 An. Univ. Cen. 483.

(23) 1 Borja 213. 1 Restrepo Hernández 93 § 149. Soto en sus observaciones sobre el asunto en Com. Ref. C. Civ. (Col.) 92 y 98. El presente sistema fué defendido en esa ocasión por Angel Zuleta y Julliot de la Morandiere, id. 116.

(24) Refiriéndose a Colombia, Uribe, "Derecho Internacional, Comentarios de las disposiciones en la legislación colombiana relacionadas con el Derecho Internacional Privado".

(1925-57) 1-6 An. Fac. D. y Cien. Pol. Bogotá 421.

(25) Ver 1 Restrepo Hernández 93 et seq. par. § 149-59. También el artículo 36 del Proyecto sobre formación, promulgación, efectos, interpretaciones y derogación de las leyes en Com. Ref. C. Civ. (Col.) 7.

continent around the law of the domicile, the only one which effectively safeguards the sovereignty and independence of the peoples of America". (26)

El caso del Uruguay, debe ser considerado también junto con el de estos países. Hasta el año 1941, el Uruguay participó del sistema chileno, a pesar de ser uno de los países suscriptores del Tratado de Montevideo y aún cuando en actuaciones internacionales había defendido también el principio del domicilio. Desde esa fecha sin embargo, al reformarse y adicionarse las disposiciones preliminares de su ley civil, se adoptó en forma terminante el principio del domicilio al cual desde entonces se encuentra plegado. (27)

El carácter rígido de la regla territorial adoptada por las legislaciones civiles de este grupo de países, no señala, en realidad, una norma de selección puesto que no ofrece la posibilidad de la aplicación de otra que no sea la ley territorial misma. Al no admitir la posibilidad de tal aplicación, elimina cualquier controversia que se suscite entre las leyes locales y las extranjeras sobre actos o contratos que se celebren o se ejecuten en la República. (28) Se contraría así la opinión corriente expresada por Savigny (29) y seguida por Phillimore (30) de que el problema consiste no en dirimir conflictos entre varias leyes, sino en determinar cuál es la ley aplicable a cada controversia. (31)

(26) I. Conf. Am. States, La Habana, 1928. Final Act, 85.

(27) Cf. *infra*, Cap. V, No. 4, p. 261; Cap. I, No. 5, p. 22.

(28) Coinciden en esta apreciación: 1 Borja 298, 1 Claro Salas 40, 1 Claro Solar 100 par. § 169 y Montaner, *Op. cit. supra* n. (12).

(29) Savigny 48 par. § 344.

"Most writers on this subject, beginning with the question of conflict or collisions, deal with these as the only problems requiring solutions. No satisfactory results can arise from this method of procedure. The natural sequence of thought is rather the following. As to the rules of law, the question is, what legal relations do they effect? As to legal relations, to what rules of law are they subject? Within what limits certain rules of law operate, — how far the province of each extends, — and when they come into collision, are, in their very nature, secondary and subordinate questions".

(30) 4 Phillimore No. VII, 7-8.

"Private International Law has been generally discussed in treaties bearing the title of 'Commentaries upon the Collision or Conflict of Laws', a mode of treating the subject which is certainly not philosophical. According to Savigny, the natural order of thinking upon the subject is — to ask, as to the rule of law to be applied, the question "what is the jural relation which is to govern? As to the jural relation, To What rule of law is it subject, or does it belong? The enquiry concerning the limits of territorial sovereignty or dependence, and concerning the difficulties and disputes arising from the demarcations of these limits, or from collisions, is in its nature a secondary and subordinate enquiry".

(31) Esto no implica sin embargo, como es obvio suponerlo, que en toda otra situación de conflicto que no sea la amparada por el principio territorial, no se

La fórmula con la cual se ha expresado formalmente el principio territorial en los países que siguen el sistema chileno, es la de que la ley es obligatoria para todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros. Tal es lo dispuesto en los artículos 14 del Código Civil de Chile, 18 del Código Civil de Colombia, 13 del Código Civil del Ecuador, 14 del Código Civil del Salvador y artículo 1.º del Código Civil de Panamá.

La obligatoriedad de la ley a todos los habitantes del país, que imponen estas legislaciones, ha sido interpretada como abarcando la totalidad de los actos que el extranjero realice en el país, sin tomar en cuenta si ha establecido domicilio o si se encuentra simplemente en calidad de transeunte. La autoridad de la ley local se extiende hasta incluir las cuestiones relativas al estatuto personal y a la capacidad de los contratantes. Sin embargo, a pesar del carácter casi ilimitado de su aplicación, sus términos no tienen la amplitud de los del artículo 12 del Código Civil de México. Según este artículo, las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, se aplican a todos los habitantes de la República, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados en ella o sean transeuntes.

Pero el Código Civil mexicano, cuya regla es absolutamente territorial, no hace uso del principio de la nacionalidad para declarar sujetos a la ley mexicana a aquellos de sus nacionales que se encuentren en el extranjero. Contrasta así con los países del sistema chileno que, junto con sancionar la obligatoriedad de la ley a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, declara también aplicable en ciertos casos la propia ley nacional cuando se trata de nacionales en el extranjero. Por otra parte, la enunciación del principio territorial, que en la ley mexicana está claramente caracterizado, no presenta en el sistema chileno suficiente individualización.

admite la aplicación de la ley extranjera. De tal modo los tribunales chilenos, por ejemplo, han podido decir en uno de sus fallos, al hacer la distinción entre cuestiones de Derecho Internacional Público y Privado, que sólo deben considerarse como de este último orden, las que se resuelven por medio de reglas referentes a la aplicación en un país de las leyes civiles o criminales de otro país. Véase (1913) 10 Rev. D. J., pt. 2, sec. 1, (Chile) 469. El derecho interno de Chile, al ocuparse de la ejecución de sentencias extranjeras, reconoce tres órdenes sucesivos o graduales de solución: los tratados, la reciprocidad y los principios de la equidad natural. C. P. Civ., Libro I, Tít. XIX, parr. 2. En resumen, que la ley extranjera con sus efectos extraterritoriales, es aceptada en Chile en virtud del principio de la *comitas gentium*, y sujeta a las restricciones del sistema territorial.

El mismo principio de la obligatoriedad de la ley, expresado en forma similar, aparece también en otras legislaciones. Pero mientras que en ellas, la enunciación de la obligatoriedad de la ley a todos los habitantes del país, inclusive a los extranjeros, es un principio general de derecho condicionado por la aplicación de la ley personal al estado y capacidad de las personas, en el sistema chileno es la condensación del principio territorial. En otras palabras, que el principio de la obligatoriedad de la ley dentro del territorio nacional, excluye materias que se supone deben ser referidas a la ley extranjera. Tal por ejemplo, la que se refiere al estado y capacidad de las personas.

Así vemos que dicho principio está también en el artículo 1.º del Código Civil de Argentina, en el artículo VIII del Código Civil de Guatemala, en el artículo 12 de Código Civil de Honduras y en el artículo XIV del Código Civil de Nicaragua. En Argentina y Guatemala, coexiste con el principio del domicilio y en Honduras y Nicaragua con el de la nacionalidad. Es pues como decíamos, un principio de derecho de carácter general, que prescribe la aplicación de la ley y su autoridad sobre nacionales y extranjeros; pero en tanto y en cuanto ella sea la ley competente.

Tenemos entonces que la fórmula de que la obligatoriedad de la ley se extiende a todos los habitantes, inclusive los extranjeros, ha sido interpretada de dos maneras: una, la del sistema chileno para el que la propia ley no sólo controla todos los actos del extranjero en el país sino que comprende también el estatuto personal; otra, la de las demás legislaciones para la completa subordinación del extranjero a todas las leyes del país; pero quedando sujeto en materia de estado y capacidad, a la ley de su domicilio o a la de su nacionalidad. Para ellos pues, el imponer la ley como obligatoria, no significa descartar la aplicación y aceptación de la ley extranjera.

El caso típico de la distinta interpretación de que es objeto el principio de la obligatoriedad de la ley, está patente en la legislación uruguaya. Hasta la reforma del año 1941, en que se incorporó en la ley civil el principio del domicilio, el Uruguay seguía el sistema chileno que copiaba en sus artículos 3.º y 4.º. El artículo 3.º preceptuaba que: "Las leyes obligan indistintamente a todos los que habitan en el territorio de la República". El artículo 4.º sujetaba a la ley uruguaya, a los orientales residentes o domiciliados en países extranjeros, en los casos indicados por ese artículo. Ambos artículos, conjuntamente constituían pues el fun-

damento del sistema mixto que combina la ley territorial y la ley nacional. Pero, al producirse la reforma del año 1941, se derogó expresamente el artículo 4.º sin hacerse mención del artículo 3.º. Esto se debe precisamente a que el artículo 3.º que declara la obligatoriedad de la ley en el territorio nacional y que como hemos dicho, ha sido interpretado con un amplio sentido territorial, puede ser igualmente conservado sin oposición alguna al lado de la ley personal; sea ésta la del domicilio o la de la nacionalidad. (32)

3.—*Países que combinan el principio del domicilio con el de la nacionalidad.*—A este grupo pertenece solamente el Perú. Dentro del panorama de las legislaciones americanas, la legislación peruana presenta el único caso de fusión del principio del domicilio con el de la ley nacional. No corresponde al patrón bajo el que ha sido posible agrupar los diversos sistemas existentes en el Continente. No se trata en el caso de la fórmula adoptada por el artículo V del Código Civil de 1936, de la proyección limitada que la ley nacional alcanza en el sistema chileno. Según la ley civil peruana, tanto el principio del domicilio como el de la ley nacional, son admitidos en toda su extensión. El primero que será aplicado al estado y capacidad de los extranjeros, y el segundo al que deberán someterse los peruanos.

Podría si parangonarse con el sistema chileno, en cuanto ambos combinan criterios opuestos que en los dos casos tienen por objeto extender los efectos de la ley patria como medida precautoria en favor de los nacionales residentes en el extranjero. Pero si en cuanto al Código de Bello puede hablarse de la preponderancia de la ley chilena en virtud del principio territorial, no sucede lo mismo en el caso del código peruano que aplica el principio del domicilio para regir el estado y la capacidad de los extranjeros.

Decíamos al tratar de los países que siguen el sistema del domicilio, que la cercanía del Perú al principio adoptado por estos países es indudable, pero que su vinculación es solamente parcial. En efecto, la regla básica es la del domicilio. La de la nacionalidad es sólo su complemento espurio. Sin embargo, debido a ese desdoblamiento en el juzgamiento de la capacidad de extranjeros y peruanos, conviene considerar al Perú en grupo aparte.

(32) Cf. Cap. V, No. 4, p. 262.

La legislación peruana está pues, según veremos, colocada en una posición semejante a la de la Unión Soviética; para la que, los problemas concernientes a la capacidad de contratar son resueltos de manera similar. Tanto los extranjeros domiciliados en Rusia, como los rusos que se encuentran en el extranjero, están sujetos a la ley rusa y a todas las restricciones que ella impone para el goce de los derechos. En otras palabras, la capacidad del ciudadano soviético en el extranjero, está determinada únicamente por la ley nacional desde el punto de vista del derecho soviético. Para el cual, el goce de los derechos civiles no está considerado como una facultad inherente al hombre como tal. (33)

Dentro de esa concepción está enmarcada la posición peruana. Con la diferencia de que, la fórmula por la cual se llega a ese resultado presenta un cariz distinto desde el punto de vista teórico. El balance que ofrece la legislación peruana de Derecho Internacional Privado a través de sus repetidas fluctuaciones, no es ciertamente el de una línea doctrinaria uniforme. La materia de derecho civil, como ya ha sido puesto de manifiesto, (34) es aquella en la cual se ha revelado principalmente cierta inestabilidad doctrinal. Tal versatilidad podrá observarse en la revisión practicada sobre el principio director de la capacidad. (35) Indiscutiblemente que:

"To apply the national law to nearly all inhabitants under the title of domicil and at the same time to all nationality, is in contradiction with the very idea of conflict law. It is inconsistent especially with the international spirit of the Latin American Conventions" (36)

El deseo de los países americanos de mitigar los efectos de la ley nacional, como una defensa contra la absorción por dicha ley de los extranjeros residentes en ellos, ha provocado diversas medidas legislativas. Algunas veces ellas han sido llevadas, por refejo, a extremos jurídicos tales como el de la expansión de la propia ley nacional más allá de los límites requeridos por el principio fundamental. Así se combinan en el sistema peruano, de una

(33) Makarov 1751 y 192. Stoupnitzky, A., "Etude sur le Droit International Privé soviétique". (1927) 22 Rev. D. I. P. (Fr.) 428, 441.

(34) Bustamante y Rivero, "El tratado de Derecho Civil Internacional" (1942) 2 Rev. Perú. D. I. 383.

(35) Cf. particularmente con infra Nos. 6 y 8 de este capítulo.

(36) Rabel, E., "The Revision of the Treaties of Montevideo on the Law of Conflicts". (1941) 39 Mich. L. R. v. 521.

manera falta de toda lógica doctrinaria, los principios de la nacionalidad y del domicilio.

4.—*Países que adoptan el sistema de la ley nacional.*—La enunciación del principio de la ley nacional en los países de este grupo, corresponde marcadamente a dos fuentes: la española y la francesa. A la primera pertenecen Cuba, Honduras, Nicaragua y Venezuela. A la segunda, Bolivia, Haití y la República Dominicana. Con la sólo excepción de Bolivia, legislaciones de los demás países de este grupo consignan disposición expresa para determinar la capacidad. En el caso de Bolivia, como lo veremos, la aceptación del sistema de la nacionalidad aporta visos de certidumbre. En lo que respecta a Nicaragua, que ofrece disposiciones contradictorias, la solución parece ser la de la primacía de la ley nacional. Excluyendo pues la inclarificable situación de Bolivia y Nicaragua, no queda lugar a dudas en cuanto al principio vigente en Cuba, Honduras, Venezuela, Haití y la República Dominicana.

La expresión de la fórmula dentro de la cual se condensa la aplicación de la ley nacional a la capacidad personal, presenta en los países de este grupo, con excepción de Nicaragua, la misma característica. Siguiendo la pauta de sus modelos europeos, expresan solamente la regla aplicable al estado y capacidad de sus respectivos nacionales. En el caso excepcional de Nicaragua se elimina la mención a ellos dándole al precepto un carácter más comprensivo al hacerlo abarcar el estado y capacidad de las personas en general. Atenidos a la idea de no dictar reglas para los extranjeros, por considerarlo fuera de la órbita de la ley local, los legisladores excluyeron la consideración de los extranjeros. Sin embargo, autores y tribunales, basados en sus fuentes comunes, han aplicado por analogía y por reciprocidad para con el mismo principio, la ley nacional a la capacidad de los extranjeros.

Aún cuando en la mayoría de los casos la fuente de la que se tomó el principio de la ley nacional, sea la ley española, la inspiración según sabemos procede de la doctrina italiana explicada por Mancini y dominante en aquella época. (37) Así parece de los fundamentos sobre los que trabajó la Comisión redactora del

(37) Cf. Mancini, (1874) J. D. I. P. (Fr.) 21. Cf. Holtzendorff, (1870) Rev. D. I. 96 Marinello Vidaurreta, "El Derecho Internacional Privado en el futuro Código Civil Cubano" (1936) 9 An. Soc. Cub. D. I. 555.

Código Civil español, como se desprende de la Ley de Bases del 11 de Mayo de 1888. (38)

El Código Civil español del 6 de Octubre de 1888, fué reformado el 24 de Julio de 1889. Tal como en otros códigos, comprende en su título preliminar varias disposiciones sobre Derecho Internacional Privado. Disposiciones que fueron tomadas del Proyecto de Código Civil de 1851 que le sirvió de base, así como del Código Civil italiano de 1865. El Código está informado por el principio de la ley nacional, de acuerdo con la doctrina predominante en España y fijada en los Congresos Jurídicos de Madrid y de Barcelona de 1886. En ella se inspira el artículo 9, conforme al cual las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas obligan a los españoles aunque residan en país extranjero. (39)

Los antecedentes que ilustraron el Código, particularmente la teoría de la escuela italiana, hacen que sorprenda el que la Base segunda de la Ley citada de 11 de Mayo de 1888 hable de la antigua doctrina de los estatutos que floreció en los siglos XIV y XV y cuya ineficacia e insuficiencia trataba precisamente de remediar. Al aceptar pues ampliamente el principio de la nacionalidad, debió descartarse aquella orientación contradictoria que la Ley de Bases proclama.

En lo que respecta a la influencia francesa, ella aparece en Bolivia, Haití y la República Dominicana, precisamente los tres países cuyas leyes se remontan a las primeras décadas del siglo pasado y que la recibieron en forma más o menos directa y pura.

El sistema de la ley nacional ha sido sometido en Francia a cierta distorsión en sus fundamentos. Sabemos por ejemplo que en aras del principio de la conocida "doctrina del interés nacional", se establece en ciertos casos la excepción al principio de la

(38) Base Segunda:

"Los efectos de las Leyes y de los Estatutos, así como la nacionalidad, la naturalización y el reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas, se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes, con las modificaciones precisas para descartar formalidades y prohibiciones ya desusadas, aclarando esos conceptos jurídicos, universalmente admitidos en sus capitales fundamentos, y fijando los necesarios, así para dar algunas bases seguras a las relaciones internacionales civiles, como para facilitar el enlace y aplicación del nuevo Código y de las legislaciones forales, en cuanto a las personas y bienes de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia o vecindad en Provincias de derecho diverso, inspirándose hasta donde sea conveniente en el principio y doctrina de la personalidad de los estatutos".

Citada en Núñez y Núñez, Eduardo Rafael, 1 Código Civil (1934) 42.

(39) Cf. *infra*, Cap. IV (A. — Cuba), Nos. 1 y 5, pp. 149 y 160.

nacionalidad en el tratamiento de la incapacidad del extranjero. Se aplica en tales casos el principio de la *lex loci* en beneficio del nacional que contrata con el extranjero, dejando así de lado la aplicación de la ley nacional. (40)

Manifestamos al ocuparnos de Haití la irrestricta aceptación que al parecer existe de la jurisprudencia de los tribunales franceses. No creemos sin embargo, que el haber bebido en la fuente del Código de Napoleón, represente necesaria y obligatoriamente la sumisión de los tribunales de este país o de Bolivia y la República Dominicana, a todos los extremos de la jurisprudencia francesa. La reducida jurisprudencia de estos países, no ofrece por otra parte indicio alguno para afirmar que los tribunales nacionales han aplicado limitativamente la ley nacional, sustituyéndola por la ley local.

Dentro de este grupo de países porta estandartes de la ley nacional, Honduras, Nicaragua y Venezuela son los únicos tres que tienen incorporadas en sus leyes comerciales las reglas del Reglamento Uniforme de la Haya sobre conflicto de leyes. El análisis y crítica de los artículos 617 del Código de Comercio de Honduras, 673 del de Nicaragua y 463 del de Venezuela, a los que se ha trasplantado la regla de la Haya sobre la capacidad cambiaria, que queda señalado al tratar de cada uno de estos países, lo referimos a la sección correspondiente en la que tratamos el artículo 74 del Reglamento Uniforme de la Haya de 1912.

Finalmente, de los países agrupados bajo este sistema, Bolivia se mantiene adherida al Tratado de Montevideo de Derecho Civil que patrocina el principio del domicilio. El Código Bustamante ha sido ratificado por todos ellos. Sin reservas, por Cuba, Honduras, Nicaragua y la República Dominicana. Con reservas, por Bolivia, Venezuela y Haití.

Es usual encontrar en las leyes americanas, fórmulas técnicamente incompletas para regular la capacidad. En ellas se hace referencia únicamente a la capacidad de los nacionales, sin indicarse nada con respecto a la de los extranjeros. Como tales pueden considerarse por ejemplo las de los países que siguen la ley nacional, al formularlas diciendo que las leyes relativas a la capacidad de las personas obligan a los nacionales aún cuando residan en país extranjero. Esta formulación es sin duda alguna resultado de la herencia europea. Dentro de los países que siguen

(40) Cf. *Infra*, Cap. IV (II: Bolivia, Haití, Rp. Dominicana). p. 191 y ss.

la ley nacional, Nicaragua es una excepción puesto que la regla inserta en el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles cubre el estado y la capacidad de las personas en general.

La falta de disposición referente a la capacidad de los extranjeros en las leyes de los países que siguen la ley nacional, o la ausencia de toda mención a éstos conjuntamente con los nacionales, no ha sido óbice, sin embargo, para que el principio general aplicable a los nacionales, sea también por extensión aplicado a los extranjeros.

Debe reconocerse que en este punto existe mayor propiedad en la formulación de la regla de los países que siguen el sistema del domicilio. La simple enunciación del principio y su aplicabilidad a las personas en general, sin hacer referencia a nacionales o extranjeros, parece en efecto ser la más recomendable.

Estas diferencias en la formulación de las reglas sobre capacidad, bien puede decirse que tienen su razón de ser en la concepción misma del Derecho Internacional Privado. La falta de referencia a los extranjeros parece estar respaldada por la idea de que no correspondía a la ley local el salirse de los límites de su jurisdicción y dictar así normas para los no nacionales. Se restringía de esa manera la ley nacional a los propios nacionales, evitándose las apariencias extraterritoriales de la ley, y aún cuando en la práctica funcionara dicha extraterritorialidad. Concepto precisamente contrario a la esencia misma del Derecho Internacional Privado, cuyo objeto no es otro que el de determinar en qué casos la ley extranjera deberá ser aplicada en sustitución de la ley interna. (41) Dicho de otro modo, la presencia de elementos extraños a la ley local, que hacen que ésta deba recurrir para su solución a un sistema extranjero. La existencia de esos elementos aparece por ejemplo en la letra de cambio, en el hecho de haberse girado, aceptado o endosado en el extranjero. (42)

5.—*Países que siguen el sistema del domicilio.*—En general, el factor migraciones ha sido una de las consideraciones tanto para mantener el principio de la ley nacional como el del domicilio. Países de inmigración han mantenido o incorporado el concepto domiciliario con el deseo de absorber a los nuevos inmigrantes en forma rápida, y de incorporarlos prontamente a la

(41) Coviello, *Doctrina general del derecho civil* 129.

(42) Cheshire, *Private International Law*, Ed. 2, 7.

vida legal del país. (43) De lo contrario, se encontrarían frente a dificultades provocadas antes de su naturalización, por la ley de su país de origen. Se ha dicho por eso que la configuración social de las repúblicas americanas y su población flotante, hacen necesaria para la defensa de su vida comercial y de sus intereses económicos, la salvaguarda del principio del domicilio. (44) Caso típico en este sentido es de la Argentina. Este país, que había adoptado el principio de la nacionalidad en 1857 y que lo reafirmó en 1862, cambió más tarde su sistema por el de la ley del domicilio en el Código Civil de 1869.

Estas mismas consideraciones es posible encontrarlas en el caso más reciente del Brasil. (45)

En sentido contrario, Inglaterra ofrece con el domicilio de origen, una posición parecida. La extensión de su población, esparcida por el mundo, los ha querido hacer preservar a toda costa la unión con el país de origen. Este es un aspecto por el cual el principio que mantiene bien puede ser comparado con el de la nacionalidad. (46) En cierta forma, este mismo principio es a veces aplicado en los Estados Unidos, en donde las cortes se han mostrado muchas veces reacias a reconocer el cambio o el abandono de domicilio por ciudadanos americanos. Pero estos son siempre casos en los cuales ha habido de por medio bienes que debían ser distribuidos en este país o impuestos que tenían que ser cobrados. Convirtiendo así la situación en una semejante a la del domicilio de origen. (47)

En el caso de los Estados Unidos, sin embargo, este debe ser tomado como una excepción a la regla fundamental un tanto incierta de la *lex loci contractus* hacia la cual parece inclinarse el derecho norteamericano. (48) De allí que, a pesar del carác-

(43) Cf. Bustamante Conferencias 11. Tal fué también el mayor de los argumentos esgrimidos con persistencia en el Congreso de Montevideo. Cf. *infra* Cap. VII, No. 6, p. 350.

(44) Echávarri, "La uniformidad del derecho mercantil hispano-americano" (1923) 76 Rev. D. Hist. y Let. (Arg.) 117-8.

(45) Octavio, Rodrigo, O direito positivo e a sociedade internacional (1917) 113; informe del delegado brasileiro, Espínola, en Conf. I. Am., La Habana, 1938. Diario 420.

(46) Cf. Cap. V, No. 3, p. 234.

(47) Coudert, "Some Considerations in the Law of Domicil". (1927) 36 Yale L. Rev. 949, 961; comentarios en (1928) 37 Yale L. Rev. 1127, 1129. Ver así mismo los casos comentados por Coudert: Matter of Spencer, N. Y. L. J., June 2, 1902; U. S. Trusts Co. of New York v. Hart (1912) 150 App. Div. 413, 135 N. Y. S. 81, afirmado (1913) 208 N. Y. 617, N. E. 1115.

(48) Lorenzen 63.

ter fluctuante de la jurisprudencia norteamericana, señalado por Cook, (49) hallamos clasificado a los Estados Unidos dentro de los países que siguen el sistema territorial para regir la capacidad (50).

Los países que integran este grupo siguiendo el sistema del domicilio para regir la capacidad, son Argentina, (51) Brasil, (52) Guatemala, (53) Paraguay (54) y Uruguay, (55) La Argentina y el Paraguay, cuyas legislaciones civiles son las mismas, y el Uruguay, son dentro de este grupo, las únicas signatarias de los Tratados de Montevideo. Son igualmente los dos únicos países que por no considerar ninguna regla especial para regir la capacidad cambiaria y por no mantener ninguna otra convención de Derecho Internacional Privado, tienen el principio del domicilio como norma única e indiscutible para regir la capacidad personal en todas sus manifestaciones. A la Argentina corresponde ciertamente la primacía en la defensa y el mantenimiento del principio del domicilio como producto de la doctrina americana. Tanto la Argentina como el Paraguay expresaron también su opinión decidida y favorable al principio del domicilio, en sus respuestas al Cuestionario presentado por el Gobierno de los Países Bajos previamente a la reunión de las Conferencias de la Haya. (56)

Guatemala, en cambio, en vista de estar aún obligada por la Convención de la Haya, no presenta un principio único. Fundamentalmente, sin embargo, de acuerdo con la legislación civil que es la que hemos tomado de base para nuestra clasificación, avanza siguiendo el sistema domiciliar. En el caso del Brasil, recientemente convertido a este sistema, se hace excepción en favor de la ley brasilera para obligarse cambiariamente, al declararse que quedará obligada la persona que tenga capacidad según la ley brasilera, aún cuando fuere incapaz según la ley del Estado a que pertenezca.

Tanto Guatemala como el Brasil y el Uruguay, deben su actual posición a cambios más o menos recientes en su sistema de

(49) Cook 433 et seq.

(50) Cf. *infra*, Cap. VI, p. 285 (A.—Sistema anglo-americano).

(51) Arg. — C. Civ. 6, 7, 948, 949.

(52) Bra. — C. Civ., Ley de Introducción, art. 7; Ley 2044, art. 42.

(53) Guat. — Ley Constitutiva del Poder Judicial, art. XVII.

(54) Para. — los mismos artículos de la ley argentina.

(55) Ur. — Ley No. 10084, del 3 de Diciembre de 1941, art. 2393.

(56) Cf. *infra*, Cap. VII, No. 2, pp. 358-369.

Derecho Internacional Privado. Los dos primeros han reemplazado el principio de la ley nacional por el del domicilio, habiéndose operado así una transformación radical en sus respectivas legislaciones. En cuanto al Uruguay, abandonó el sistema chileno al cual se hallaba adherido y puso de acuerdo su legislación interna con el principio del domicilio mantenido por el Tratado de Montevideo, del cual es uno de los suscriptores.

El caso del Perú es distinto. Su relación con el principio adoptado por estos países es indudable, pero su vinculación es solamente parcial. Básicamente, su ley civil está patentada bajo el mismo principio. Pero el hecho de que sea la ley nacional la que se aplique a los peruanos, demanda que por razones de método sea considerado en forma separada como un sistema mixto. Tal es el que por qué de la distinción que hacemos, a pesar de que esencialmente pueda considerarse al Perú al lado de la Argentina, Brasil, Guatemala y Paraguay. Por último, del examen de la legislación contradictoria que sobre la materia existe en Nicaragua, debe concluirse que no es la disposición del Código Civil que incorpora el principio del domicilio sino la del Código de Procedimientos Civiles que acepta el de la ley nacional, la que está en vigencia.

La orientación de Teixeira de Freitas en el Brasil y la de Vélez Sarsfield en la Argentina, fueron la constatación de la poderosa influencia que la doctrina del domicilio de Savigny ejerció y aún ha continuado ejerciendo sobre la formación mental y la posición ideológica de un buen número de juristas americanos partidarios del sistema del domicilio como determinador de la ley personal. (57) Sus efectos se han dejado sentir también de manera especial en la configuración del Código Argentino y en los resultados de algunas reuniones internacionales. Particularmente del Congreso de Montevideo de 1888-9 y del Congreso Jurídico de Río de Janeiro de 1900. (58)

La Escuela de Savigny estableció clara y distintamente el criterio del domicilio, como base para el señalamiento del estado y capacidad de las personas, tomándolo de la obra fundamental

(57) Podemos citar entre otros: Calandrelli, 1 Cuestiones de Derecho Internacional Privado (1911) 159 y 174; Zeballos, Justicia Internacional Positiva (1910) 214; Romero del Prado, El Derecho Internacional Privado en el Código Civil argentino (1935) 99 et seq.; Bulhoes Carvalho y Monterio, Unidade do direito 159-75, citado por Bevilacqua 71; Carvalho, C., Direito Civil brasileiro recopilado (1899) XLV-LXXXVII: 1 Wharton 160 párrf. 80.

(58) Cf. infra, Cap. VII, p. 339.

del jurisconsulto alemán. (59) La teoría general de Savigny está esbozada en forma rotunda cuando dice:

"Si se pregunta cuál es el derecho aplicable a los diferentes estados de la persona, determinantes de la capacidad jurídica y de la capacidad de obrar, se contesta pura y simplemente, el derecho local a que se encuentra sometida esta persona por el hecho de su domicilio". (60)

Savigny pues sostiene como principio general el del domicilio, que según él, es el que determina regularmente el derecho territorial especial a que cada individuo se encuentra sometido; principio que, afirma, ha sido admitido desde hace largo tiempo. (61) Corroborando este criterio, uniforme a través de su pensamiento, dice más adelante al tratar también del estado de la persona en sí misma:

"Estimo, pues, que cuando se trata de las calificaciones personales, cada uno debe ser juzgado según el derecho de su domicilio, cualquiera que sea el tribunal llamado a decidir y cualquiera que sea el objeto del litigio, la calificación personal o sus efectos jurídicos". (62)

Esta forma general de considerar el principio, está sometida sin embargo, según Savigny, a la necesidad de fijar sus límites y de señalar los casos en que cesa de ser aplicable. (63)

El principio general así establecido por Savigny al delinear su concepción de la capacidad, lo lleva también a la letra de cambio de la cual se ocupa en forma expresa. (64)

Mantiene que es arbitraria y sin fundamento la distinción que se establece entre capacidad e incapacidad general y particular para ciertos actos jurídicos. Queriendo aplicarse por la primera la ley del domicilio a todos los actos jurídicos; y por la segunda la ley local a ciertas transacciones peculiares dentro de

(59) Savigny.

(60) Savigny 148 parr. 362.

"In judging of the various conditions and qualities (*Zustände*) of a person, whereby the capacity for rights and the capacity to act are determined, a pure and simple application of that local law to which the person himself belongs by his domicile, is the only possible course".

(61) *Id.* 126 parr. 359.

(62) *Id.* 152-3 parr. 362.

"It is therefore my opinion, that every one is to be judged as to his personal status always by the law of his domicile, whether the judgment is at home or abroad, and whether the personal quality itself, or its legal effects, be the object of the judgment".

(63) *Id.* 166 parr. 365.

(64) *Id.* 157 parr. 364.

los límites en los cuales el acto tuvo lugar. (65) Arguye a continuación, que la incapacidad que va unida al *status* particular de la persona, tiene en ambos casos la misma naturaleza; y que, además, una clara discriminación y, consecuentemente una aplicación segura, es difícil de hacer.

Señala por otra parte, que la más importante y dificultosa aplicación de la distinción que se quiere establecer, se refiere precisamente a la letra de cambio. Con respecto a la cual hay muchas leyes distintas en existencia para gobernar la capacidad personal de emitir o endosar una letra de cambio. (66) Es decir, que no hay materia en la cual exista tanta variedad de la ley local y personal como la que se presenta en la capacidad para obligarse por letra de cambio.

Enseña Savigny que de acuerdo a una correcta interpretación, la ley local del domicilio es la única que debe decidir. Reconoce sin embargo que:

The peculiar nature of bills of exchange might justify, as to this point, a facilitating interference of positive legislation, since it will very often be difficult, and even impossible, for the purchaser of a bill to know the various laws as to capacity for exchange, to which the various debtors of the bill (drawers, indorsers, acceptors) are subject by these debtors in regard to domicile". (67)

Esa dificultad que plantea, la refuta seguidamente diciendo que ella es menor en realidad de lo que a primera vista parece, porque:

"The cautious purchaser of a drawn bill, although it has travelled through various parts of the world, and is covered with numerous signatures, will generally look only to a few subscriptions, which he knows from his own experience to be safe; and all besides these may be immaterial to him". (68)

En conclusión pues, Savigny refuta la imperfecta división que se pretende establecer para las reglas de capacidad y mantiene que, bajo verdaderos y bien orientados principios, es la ley del domicilio la que debe decidir la cuestión de la capacidad; pero la dificultad que el punto presenta, demanda la necesaria legislación positiva para él en cada estado.

(65) Id. 157 in fine.

(66) Id. 158 (3).

(67) Id. 159.

(68) Id. 159.

La distinción entre capacidad de hecho y de derecho parece ser reconocida únicamente en las legislaciones de Argentina y Paraguay entre los países americanos que aceptan la ley personal para regir la capacidad de las personas. Esta distinción que es usualmente aceptada por la doctrina, (69) no ha recibido en cambio pleno reconocimiento en las legislaciones, para las cuales, ambos tipos de capacidad están gobernados por la ley personal. (70) En las legislaciones argentina y paraguaya por el contrario, la capacidad de hecho está sometida a la ley del domicilio, sosteniéndose que la de derecho queda sujeta a la ley territorial. (71)

En el proyecto de Freitas, fuente de los códigos argentino y paraguayo, se habla de la capacidad de hecho y de derecho. La capacidad de derecho es la demanda de la personalidad del sujeto considerado como titular de derechos y con aptitud suficiente para disfrutarlos. (72) La capacidad de hecho se refiere al ejercicio de tales derechos en la forma o formas permitidas por la ley; es el aspecto ejecutivo de la capacidad de adquirir esos derechos que son inherentes al individuo como tal. (73) La capacidad de derecho está condicionada por las normas jurídicas que representan principios de orden público y de regulación social. La capacidad de hecho está determinada por la naturaleza misma, expresada por ejemplo en la minoría de edad que envuelve falta de discernimiento y voluntad. Capacidad de derecho es goce. Capacidad de hecho es ejercicio. Estos términos correspon-

(69) Freitas, 1 Esbozo arts. 21, 22; Laurent, Principes de droit civil français, Ed. 5, 418 parr. 319; Planiol, 1 Traité élémentaire de droit civil, Ed. 6, 429-32; Planiol y Ripert, 1 Traité pratique de droit civil français 13 No. 1e; Poullet, Manual de Droit International Privé belge 268 parr. 252; Sánchez Román, 2 Estudios de derecho civil y el Código Civil, g. Ed. 2, 116 et seq.; Savigny 148 parr. 362.

(70) Siguen esa orientación: Ley de Introducción alemana, art. 7; Bra. — C. Civ., art. 8; Esp. — C. Civ., arts. 9, 15; Fr. — C. Civ. art. 3; It — C. Civ., art. 6; Suiza — C. Civ., art. 61 (título final).

(71) Cf. *Infra* Cap. V No. 2, p. 220 et seq.

(72) Vélez Sarsfield la definía como:

"El grado de aptitud de cada clase de personas para adquirir derechos o ejercer actos por sí, o por otros, que no le sean prohibidos".

Agregando a continuación:

"Las personas a quienes se prohíbe la adquisición de ciertos derechos, o el ejercicio de ciertos actos, son incapaces de derecho, es decir, de esos derechos o de esos actos prohibidos".

Primera parte de su nota al artículo 949 del Código Civil argentino.

(73) "La expresión *adquirir derechos*, a más de comprender implícitamente la posibilidad de contraer obligaciones, abraza en sí todas las fases de los derechos adquiridos, desde el hecho de la adquisición de cada uno de los derechos, hasta el de su pérdida total".

Vélez Sarsfield,

den entonces a dos nociones diferentes, que el derecho alemán designa con dos expresiones distintas: *Rechtsfähigkeit* (capacidad de derecho) y *Handlungsfähigkeit* (capacidad de hecho). Finalmente, la capacidad de hecho, que es la de obrar, presupone siempre la capacidad de derecho, que es la aptitud legal para adquirir derechos y contraer obligaciones. De allí que el que tiene capacidad de derecho es, según las circunstancias, capaz o incapaz de obrar. (74) O para expresarlo con las palabras de Planiol, (75) que tenga aptitud suficiente para ejercer por sí los actos de la vida civil.

La capacidad de derecho por otro lado, está condicionada por incapacidades de hecho tales como la demencia, la sordomudez, la ausencia declarada legalmente y algunas otras. De aquí que la incapacidad de hecho pueda ser total, a diferencia de la de derecho que no lo es al haberse suprimido la muerte civil que representaba la pérdida absoluta de los derechos. Ha desaparecido ya el concepto que primaba en el Fuero Juzgo y en el Fuero Real, de la capacidad en función de la religión. No existen ya incapacidades de derecho basadas en razones religiosas o sociales.

6.—*Países que siguen el sistema de la territorialidad.*—Los Estados Unidos y México son los dos países del continente americano que atienden al principio territorialista de la Ley del lugar del contrato para regir la capacidad. El carácter predominante de la regla en la jurisprudencia americana y su definitiva consagración en la legislación mexicana, permiten agrupar a estos dos países bajo el mismo signo. Separándolos así de aquellos cuya ley admite en mayor o menor grado la intervención de la ley nacional.

Por razones involucradas en el sistema mismo del *Common Law*, la regla comprende, hablando el lenguaje del derecho continental, tanto la capacidad en general como la capacidad contractual. Sin que se establezca tampoco diferencia alguna entre capacidad civil y capacidad mercantil. (76) México por otra

(74) Gásperi, L., Introducción al estudio del derecho de las obligaciones 102.

(75) Planiol, 1 *Traité* parr. 401. Baudry-Lacantinerie la define en general de esta manera:

"La capacité juridique est l'aptitude légale à devenir le sujet de droits et d'obligations et à agir comme tel par soi-même et dans la plénitude de son indépendance".

1 *Traité théorique et pratique de droit civil*, Ed. 3, parr. 313.

(76) Lo que como es sabido tuvo su origen en la asimilación de la *Law Merchant* durante el siglo XVIII por el *Common Law* que, al absorberla la fusionó consigo mismo: Lévy-Ullmann, *The English Legal Tradition* 88, 188 et seq.,

parte, al haber adoptado el mismo principio para regir la capacidad tanto en su ley civil como en su ley mercantil, se identifica formalmente con el sistema norteamericano.

La diferencia de fondo subsiste sin embargo. El mero hecho de poder hablar tanto con respecto a México como a los Estados Unidos, de una regla común ya se trate de capacidad contractual o de capacidad cambiaria, no destruye la distinción fundamental sobre la que gravita la concepción jurídica de uno y otro a saber: la de la división entre ley civil y ley mercantil, que existe en México y en los demás países latino-americanos y el desconocimiento de ella en el sistema anglo-americano. Contrariamente a lo que sucede en los países latino-americanos en los que el derecho comercial está representado por un conjunto de reglas más o menos independientes, el sistema anglo-americano en su sentido unitario lo ha fusionado con el derecho común, según hemos expuesto en nota a la capacidad. (77)

En el caso concreto de México, encontramos así la coexistencia natural y lógica de dos reglas para regir la capacidad: una, la de la ley civil para la capacidad en general y la otra la de la ley comercial para la capacidad cambiaria. Ambas reglas obedecen al mismo principio pero forman parte de distintos cuerpos de leyes. En la jurisprudencia norteamericana en cambio, la norma que prevalece es producto de la materia general de contratos considerada como un todo único.

Ahora bien, dentro del campo de los conflictos de leyes en la materia de contratos, éstos reciben también un tratamiento común. Es decir, que sin tener en cuenta su carácter civil o comercial, los contratos, cualquiera que sea su clase constituyen una de las subespecies dentro del campo de los conflictos de leyes. De allí entonces el que las normas de Derecho Internacional Privado aplicables a los instrumentos comerciales, sean las mismas que se han instituido para la contratación en general. La regla pertinente a la capacidad en materia de letra de cambio, pagaré o cheque, será por eso la que gobierne la capacidad contractual en general.

200, 348. El no distinguir entre los distintos tipos de capacidad se debe por lo tanto a esa identidad de la ley mercantil con la ley civil. En el sistema anglo-americano el término de ley comercial está comprendido dentro de los principios generales de la contratación, en la cual es posible distinguir convencionalmente transacciones de carácter mercantil. Véase Goldschmidt, *English Law from a Foreign Standpoint* 89, 146.

(77) Cf. *supra* n. 76.

La organización federal de los dos países que venimos tratando, ofrece un elemento común de identificación: el de la presencia de casos de conflicto de leyes entre los Estados de la Federación, para cuya solución son aplicadas las mismas normas de Derecho Internacional Privado que tendrían cabida en las cuestiones internacionales con Estados extranjeros. O sea pues, que son materia de la rama de conflicto de leyes, tanto los casos que se produzcan entre los diversos Estados de la Federación, como entre miembros de esa Federación con los de Estados extranjeros.

Esto representa una diferencia sustancial entre México y las Repúblicas también federales de Argentina, Brasil y Venezuela, en las cuales el federalismo es puramente político y administrativo pero sin alcanzar en lo que concierne al derecho privado. Podrá a lo más encontrarse por ejemplo como en el caso del Brasil, la facultad de los Estados hasta el año 1934 de dictar sus propias leyes procesales. La Constitución de la República de los Estados Unidos del Brasil de 1891 en su artículo 34, inciso 22, declaraba de competencia privativa del Congreso Nacional el legislar sobre el derecho civil, comercial y criminal de la República; y solamente el derecho procesal de la justicia federal. Pero, aún esa facultad pasó también a ser privativa de la Unión según el artículo 5, inciso XIX (a), de la Constitución de 1934, incluyéndose el derecho aéreo. Por último, el artículo 16, inciso XVI, de la Constitución de 1937, ha mantenido el mismo principio agregando además el derecho obrero.

Este elemento común que anotamos que existe entre México y los Estados Unidos, no autoriza sin embargo, para establecer un paralelo absoluto entre ambos países. Con razón ha escrito Arthur Kuhn:

"One of the particulars in which the scope of private international law in Latin American countries differs from the function which it assumes in this country is the wide content given to the principles relating to conflicts of state and federal jurisdiction over ordinary civil disputes in the United States". (78)

De allí que a pesar del parecido entre ambos países, la separación jurisdiccional que se encuentra en los Estados Unidos, no ofrezca la misma agudeza en México.

(78) Kuhn, "The Scope of Private International Law in Latin-American Countries Compared with the Conflict of Laws in the United States". (1941) 15 Tul. L. Rev. 395.

Procede agregar que los Estados de la Unión Americana considerados entre sí, son tenidos como extranjeros. Aún cuando en conjunto forman un gobierno confederado, sin embargo, teóricamente los diferentes Estados retienen su soberanía individual y son extranjeros los unos con respecto a los otros con respecto a sus regulaciones internas. Así ha sido reconocido en repetidas oportunidades por la jurisprudencia americana. (79)

En la mayoría de los países latino-americanos, la capacidad depende de la ley personal; ya sea que se entienda deba ser la del domicilio o la de la nacionalidad. La misma ley cubre tanto la capacidad contractual en general como la capacidad cambiaria en particular. Como excepción a esta corriente de la que sin embargo participan en parte, tenemos el caso de los países que han tomado como modelo el Código Civil chileno. Fundamentalmente mantienen el principio territorial, con ciertas limitaciones propias de ese sistema. La territorialidad de la ley es con todo el denominador común en todos ellos.

El mantenimiento de la ley personal para regular la capacidad, está íntimamente ligado en los países latinoamericanos con la idea de que la capacidad es parte integrante del status de la persona, el cual está unánimemente sometido a la ley personal. Esta concepción descansa como lo hace notar Lorenzen entre otros, sobre la premisa de que la ley personal es la que mejor puede determinar la protección requerida. (80) Por eso se encuentra en la casi totalidad de las legislaciones latino-americanas, en que es la misma provisión la que se declara aplicable al estado civil y a la capacidad de las personas en general.

(79) Muestra de lo apuntado, son los siguientes casos: *Armstrong v. American Exchange National Bank* (1890) 133 U. S. 433; *Kniekerbocker Life Insurance Co. v. Pendleton* (1884) 112 U. S. 696; *Joseph v. Salomon* (1883) 19 Fla. 623, v. 632; *Warder and Warder v. Arell* (1796) 2 Wash. (Va.) 282, v. 298; *Buehner v. Finley* (1829) 2 Pet. (U. S.) 586; *Lonsdale v. Brown* (1821) 4 Wash. C. C. 86, 153; *Brown v. Ferguson* (1832) 4 Leigh (31 Va.) 39; *Chenoweth & Co. v. Chamberlin* (1845) 6 B. Mon. (45 Ky.) 60; *State Bank of Indiana v. Hayes* (1852) 3 Ind. 400; *Warren v. Coombs* (1841) 20 Me. 139; *Ticonic Bank v. Stackpole* (1856) 41 Me. 302; *Phoenix Bank v. Hussey* (1832) 12 Pick. (29 Mass.) 483; *Carter v. Union Bank* (1847) 7 Humph. (26 Tenn.) 548; *Carter v. Burley* (1838) 9 N. H. 558; *Wells v. Whitehead* (1836) 15 Wend. (N. Y.) 527; *Todd v. Neal's Administrator* (1873) 49 Ala. 266; *Donegan and Tabor v. Wood* (1873) 49 Ala. 242.

Existen sin embargo algunos pocos casos en contra de este criterio, pero ellos constituyen excepciones al principio generalmente admitido y que dejamos antes apuntado.

(80) Lorenzen, "Uniformity Between Latin America and the United States in the Rules of Private International Law Relating to Commercial Contracts" (1941) 15 *Tulane L. Rev.* 169.

La idea de este sometimiento del estado y capacidad a la ley personal, fué abandonada en la nueva legislación civil mexicana de 1928. Al adoptar como fórmula única el principio territorial, va más lejos aún que la misma jurisprudencia americana, para la que el *status* cae en muchos casos bajo la ley del domicilio. Tal es el caso también de la Provincia de Quebec en el Canadá en la que el domicilio determina el *status*. (81) Regla distinta como veremos más adelante, de la que para gobernar la capacidad ha sancionado la jurisprudencia americana, atendiendo preferentemente a la seguridad de las transacciones que a la protección de la persona.

Semejante a la de México es la norma del sistema chileno que sujeta también estado y capacidad a la ley territorial. Si desde el punto de vista estricto de la clasificación, el sistema chileno corresponde a un grupo mixto de territorialidad y personalidad de la ley, en esencia se ajusta más a la primera modalidad que a la segunda. En los países que siguen este sistema, lo mismo que en México y los Estados Unidos, el principio territorial funciona en una u otra forma como regla matriz para testar la capacidad. En México y Estados Unidos, por seguirse expresamente el principio de la *lex loci contractus* en materia de capacidad contractual y cambiaria. En Chile, Ecuador, Colombia y El Salvador, como también en Costa Rica y Panamá, como consecuencia del imperio absoluto de las respectivas leyes locales. En todos ellos queda excluida la ley personal.

No ya para la capacidad en general sino específicamente en materia de capacidad cambiaria, se encuentran ciertos países en los cuales se deja de aplicar la ley personal del obligado como una excepción en favor de la ley territorial. Consiste tal excepción en no reconocer la incapacidad que el obligado tenga conforme a su ley personal, en el caso de que según la ley del lugar del contrato tenga capacidad suficiente para obligarse. Esta regla de excepción ha sido incorporada en las leyes comerciales de Ecuador, Honduras, Panamá, Nicaragua y Venezuela, que adoptaron el Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 y reprodujeron en sus leyes internas las normas de conflicto de leyes que él contiene. Finalmente, el Brasil acoge también el mismo principio, en el artículo 42 de la Ley 2044.

(81) 1 Jonson 92.

La diferencia entre la norma adoptada por estos países y la que prevalece en los de sistema territorial, es sólo en cuanto a la extensión de la fórmula *lex loci contractus*. Puesto que, mientras que en México y Estados Unidos ella constituye la regla general y omnímoda para la capacidad contractual, en los demás es sólo una excepción a la ley personal; excepción circunscrita a la capacidad cambiaria, y para operar sólo en el caso de que la incapacidad que se trata de hacer valer no sea reconocida como tal por la ley del Estado.

7.—*Convenciones internacionales*.—En capítulo especial se hace el estudio de las reglas sobre capacidad en el Código Bustamante, en los Tratados de Lima de 1878, en los Tratados de Montevideo de 1888-9 y de 1939-40 y en el Reglamento Uniforme de La Haya de 1912. De este grupo, los Tratados de Lima de 1878 tienen un valor de simple antecedente histórico, puesto que, con excepción del Perú, no fué ratificado por ninguno de los países signatarios. (82) En cuanto a los Tratados suscritos en Montevideo en 1939-40 ellos sólo han recibido hasta la fecha la ratificación del Uruguay. (83) Ambos han sido sin embargo, incluidos al lado de los instrumentos vigentes, por considerarse que así se completa el cuadro de las convenciones internacionales a las que en una u otra forma nos referimos en el curso de este trabajo.

Los resultados obtenidos por el Congreso de Juristas de Lima de 1878, constituyeron la fuente inmediata de los Tratados de Montevideo. La influencia decisiva de sus soluciones, es particularmente visible por ejemplo en el Título relativo a la letra de cambio. Esto no sólo se desprende del texto mismo del articulado, sino del reconocimiento que de ello se hizo en la nota con que fué presentado el proyecto de Tratado de Derecho Comercial Internacional por la comisión respectiva. (84) En general, debe considerársele pues como el antecedente en el cual se inspiró parte considerable de la obra cumplida en Montevideo, y propulsor en cierta forma de la reacción en favor del principio del domicilio al rechazarse el principio de la nacionalidad que había sido acogido en 1878.

(82) Cf. Cap. VII, parr. A, No. 4, p. 334.

(83) Cf. Cap. VII, parr. E, No. 3, p. 403 et seq.

(84) Véase Acta No. 8, correspondiente a la sesión del 17 de Octubre de 1888 en Proyecto de codificación del Derecho Internacional Privado 62. Cf. también, Congreso de Montevideo (1939); 21; Williams. 1 La letra de cambio 38.

Los Tratados aprobados en Montevideo en 1939-40 como producto de la revisión de los de 1888-89, están aún en vías de aceptación. Como lo ha puntualizado Bustamante y Rivero, el saldo dejado por este Congreso de 1940, fué la revelación de la división existente en la materia fundamental del Derecho Internacional Privado cual es la del derecho civil. Observa que lejos de haberse avanzado en el sentido de la unificación doctrinaria y legislativa, se ha marcado más la existencia de dos grupos contrapuestos: el mantenedor de los principios de 1889 y el afiliado al Código Bustamante. (85) Los Tratados tienen con todo indiscutible valor de actualidad y su consideración era indispensable en este trabajo.

Desde un punto de vista práctico interesan principalmente el Código Bustamante, los Tratados de Montevideo de 1888-9 y el Reglamento Uniforme de La Haya de 1912. Además del estudio de sus disposiciones en este capítulo, y del recuento general de los países en los cuales están vigentes sus disposiciones, se hace una referencia específica a ellos al tratar de cada uno de los respectivos Estados.

Con la sólo excepción del Reglamento Uniforme de La Haya, los demás instrumentos citados han sido el resultado de reuniones internacionales americanas. Cabe observar también que mientras que el Reglamento Uniforme y por lo tanto sus reglas de conflicto se refieren única y exclusivamente a la letra de cambio, los otros instrumentos son tratados comprehensivos de la totalidad de las materias del Derecho Internacional Privado. En otras palabras, que en tanto que el Reglamento Uniforme es de naturaleza especial, las otras convenciones tienen carácter general.

Es interesante anotar que el artículo 74 del Reglamento Uniforme de La Haya sobre capacidad cambiaria, fué adoptado en el artículo 82 del Proyecto de Codificación del Derecho Internacional Privado preparado para la Sexta Comisión de la Junta de Jurisconsultos Americanos. Esta Comisión fué presidida por el delegado peruano Elmore, autor del proyecto que se tuvo como base de las discusiones. El mencionado artículo 82 reproducía los términos originales del artículo 74 del Reglamento Uniforme de 1912 que primitivamente fueron los del artículo 83 del Proyecto de La Haya de 1910. Mantenía también, como en las Con-

(85) Bustamante y Rivero 389.

ferencias de La Haya, el principio de que es válida la obligación contraída por una persona que carece de capacidad según su ley personal, si tal validez ha sido declarada por la ley del lugar en que se contrajo la obligación. (86) Procede entonces explicar en su integridad el artículo 82 del Proyecto de Elmore, las observaciones hechas al artículo 74 del Reglamento Uniforme de La Haya. (87)

Al referirnos a los países que siguen el principio de la nacionalidad, mencionamos incidentalmente el mismo principio de validar la obligación contraída por un incapaz de acuerdo a su ley nacional, si la ley del lugar del contrato reconoce como válida la obligación. Expresamos que tal principio que representa una excepción a la aplicación de la ley nacional, no parecía haber sido seguido por la jurisprudencia de los países americanos agrupados bajo la ley de la nacionalidad. (88) Sin embargo, esa es la que prevalece en cuanto a la capacidad cambiaria en las legislaciones de Honduras, Nicaragua y Venezuela, por ser los tres países que han incorporado en sus legislaciones el artículo 74 del Reglamento Uniforme de La Haya.

Hay que distinguir sin embargo, entre la llamada "doctrina del interés nacional" promovida por la jurisprudencia francesa, y la instituída en la segunda parte del artículo 74 del Reglamento Uniforme de La Haya, que encierra la orientación alemana. Para ambas, la aplicación de la *lex loci contractus* se produce con el objeto de neutralizar las incapacidades que el obligado pueda aducir en virtud de la ley personal, evitando así el cumplimiento de la obligación. Para ambas, si el obligado es capaz de acuerdo con la *lex loci* aun cuando no lo sea con arreglo a su ley personal, ello será suficiente para validar la obligación contraída. Pero mientras que conforme a la orientación alemana el criterio a seguirse es puramente objetivo y la aplicación de la *lex loci contractus* se hace en forma irrestricta, en la corriente francesa en cambio el criterio es subjetivo y la aplicación de la *lex loci contractus* está condicionada por las circunstancias particulares de cada caso.

Al tratar de la regla de La Haya hemos visto cómo la autoridad de la ley nacional queda reducida, al hacerse prevalecer la

(86) Véase Proyecto de codificación citado en n. 84 supra, p. 24, 77. También 5 Codif. Am. D. I. 311, 348, 361, 368.

(87) Cf. Cap. VII, parr. C, No. 5, p. 376 et seq.

(88) Cf. Cap. IV, No. 2, p. 169, No. 5, p. 177, No. 5, p. 190.

ley territorial en todos los casos en los cuales se trate de testar la capacidad del obligado, no así en la jurisprudencia de los tribunales franceses, para la cual es necesaria la buena fé del contratante perjudicado, el desconocimiento de la minoridad del extranjero o el disimulo que de su incapacidad hiciera el incapaz resultando así en perjuicio del nacional. Sólo en el caso de que uno o varios de estos factores existan, se aplicará la *lex loci* para declarar capaz al obligado que, en otras condiciones, sería incapaz conforme a su ley nacional.

La posición de la jurisprudencia francesa es única y fué establecida por vez primera en el conocido caso Lizardi. La posición alemana, traducida en el artículo 74 del Reglamento Uniforme de La Haya, fué reproducida también en el artículo 2 de la Convención de Ginebra de 1930. Procede del artículo 84 de la Ley de Cambio alemana de 1849, incorporada posteriormente en el artículo 7º, párrafo 3 de la Ley de Introducción al Código Civil de 1900. En el mismo sentido de la ley alemana, están inspirados el artículo 7, párrafo I de la ley suiza, el artículo 5 de la ley de Suecia del 8 de Julio de 1904 y el artículo 3 de la ley polaca del 2 de Agosto de 1926.

8.—*Síntesis de la evolución continental. Principios dominantes.* En el estado actual del desenvolvimiento legislativo americano, se constata la existencia de una corriente favorable a la adopción del principio del domicilio. Es un proceso de evolución en el que el caso más patente y remarcable, es sin duda alguna el del Brasil. (89) Conviene recordar que después de los Estados Unidos, es el Brasil entre los países americanos el que contiene un mayor caudal de población; contribuyendo así a inclinar el porcentaje de la población latino-americana hacia el principio del domicilio. (90)

Caso de la misma naturaleza del Brasil, es el del Uruguay, que en fecha reciente fijó definitivamente en su legislación el principio del domicilio. (91) El Uruguay sin embargo, a diferencia del Brasil, había propugnado ya con anterioridad a la reforma, la adopción del principio del domicilio. Tal fué por ejemplo, la defensa que de dicho principio hizo la delegación uruguaya an-

(89) Cf. Cap. V, parr. B, No. 3, p. 233.

(90) La población del Brasil, de acuerdo con el censo de 1940, es de 41,356,605; equivalente al 15.99 % de la población continental y al 29.58 % de la población latino-americana.

(91) Cf. Cap. V, parr. E, No. 4, p. 261 et seq.

te la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro. Por otra parte, el hecho de encontrarse el Uruguay dentro de lo que en términos regionalistas se ha llamado el "Sistema del Plata" y ser al mismo tiempo suscriptor de los Tratados de Montevideo de 1888-9, inducía a que pudiera pensarse con fundamento en una evolución hacia la ley del domicilio. La misma ley fué patrocinada por este país en las discusiones de 1939-40, al revisarse los Tratados de Montevideo.

Una muestra de esa misma corriente, es el pronunciamiento conjunto de las delegaciones de Costa Rica y Colombia en favor de dicho principio, al votarse en La Habana el Código Bustamante. (92) En Colombia se ha puesto de manifiesto la misma tendencia al tratarse de la revisión del Código Civil; y fué también defendida por el delegado colombiano en la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro. (93)

Es también prueba de ese cambio favorable el domicilio, la adopción del principio en el Código Civil peruano de 1936. Sin que pueda decirse que el carácter mixto de su regla, que acepta también el principio de la nacionalidad, disminuye el valor de esa conversión doctrinaria. (94) A pesar de declararse que es la ley peruana la que se aplicará a los peruanos, la ley del domicilio es indiscutiblemente el principio básico como lo hemos puesto de manifiesto en diversas oportunidades. (95) El delegado peruano expresó también su apoyo al principio del domicilio en la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro. (96)

En la revisión del Código Civil de Bolivia, se ha marcado idéntica orientación en el sentido de aprobar en su integridad la regla del Código Civil peruano, cuyo fundamento es como hemos dicho, el de la teoría domiciliar. (97) De los países hasta ahora nombrados, que han adoptado el sistema del domicilio o que lo propugnan, cuatro de ellos coinciden en el mantenimiento del Tratado de Derecho Civil de Montevideo que encarna a su vez el principio del domicilio: Bolivia, Colombia, Perú y Uruguay.

Fuera del Continente americano, el principio del domicilio ha ido igualmente cobrando impulso en este proceso evolutivo.

(92) Cf. No. 2 de este capítulo, p. 5 et seq.; Cap. II, p. 104.

(93) Véase p. 8 de este capítulo y Cap. II, p. 81.

(94) Cf. Cap. III, No. 6, p. 127 et seq.; No. 8, p. 130 et seq.

(95) Cf. No. 3, p. 13 et seq. de este capítulo; p. 25-6 del mismo. Cap. IV, p. 122 y ss.

(96) Cf. Cap. III, No. 5, p. 127.

(97) Cf. Cap. IV, No. 3, p. 195.

No ha sido aceptado íntegramente sino como norma complementaria de la ley nacional en los casos en que ésta última no sea aplicable. (98) Este parecer fué adoptado por el Instituto de Derecho Internacional en sus sesiones de Oxford del 7 de Setiembre de 1880, (99) y en la treinta y siete de Oslo en 1932 en la que se consideró la conveniencia de reducir la competencia de la ley nacional. (100) Por último, en el informe de de Bar presentado al Instituto de Derecho Internacional, se establecía como norma general el principio de la ley nacional aminorado por la ley territorial. Y en la tercera de sus conclusiones establecía que:

“En *matière commerciale*, pour toute ce qui peut être réglé par la libre disposition (volonté) des parties, la loi nationale est remplacée par celle du domicile”. (101) Esta fórmula conciliatoria fué presentada por Goldschmidt a propósito del informe presentado por de Bar. (102)

Walter Simons prevee un movimiento retrógrado de la ley nacional como estatuto personal, y un retorno al principio del domicilio. Tal evolución agrega, facilitará mucho la unidad supranacional en las reglas de Derecho Internacional Privado. (103) En Francia misma, en donde durante tanto tiempo se ha defendido con ardor la ley nacional, especialmente por Lainé, Pillet, Renault y Weiss, se nota la presencia de defensores de la ley del domicilio tales como Audinet, Arminjon y Niboyet. Un proyecto presentado por la Sociedad de Estudios Legislativos en 1929, se pronuncia en favor de la competencia de la ley del domicilio para regir la capacidad de los menores. (104) Buzzati entre otros, se ha declarado también partidario de la ley del domicilio, sólo en cuanto concierne a la reglamentación internacional de la

(98) Asser, *Eléments de Droit International Privé* 55 No. 22; Bevilacqua 192, 194; Depagnet, *Precis de Droit International Privé*, Ed. 5, 686-88 parr. 230; Chausse, A., “Du rôle international du domicile” (1897) 24 J. D. I. P. (Fr.) 22-3; Fiore, 1 *Droit International Privé* No. 58-9; Pillet, *Resumé du cours* 234; Weiss, *Manual de Droit International Privé*, Ed. 9, 36 et seq.

(99) *Annuaire* (1881-2) 56.

(100) *Annuaire* (1932) 188-9.

(101) *Annuaire* (1883-5) 49.

(102) (1888) *Rev. D. I. P.* (Fr.) 482; *Annuaire* (1887-8) 131.

(103) Simons, W., “La conception du droit international privé” (1926) 15 *Recueil* 524-5.

(104) Cf. 1929) *Rev. D. I. P.* (Fr.) 192 y *Bulletin de la Sociedad de Estudios Legislativos*, pt. 1, 1930, p. 176; ver art. 27 del Proyecto de Código Civil.

capacidad para obligarse por la letra de cambio. (105) Y Lorenzen por su parte, al referirse a la unificación entre las leyes de las naciones americanas propone que a diferencia de las transacciones que se operan entre los Estados de la Unión, la capacidad sea determinada por la ley del domicilio en transacciones internacionales. (106) La sugestión de Lorenzen, de un acuerdo entre las leyes americanas, se dirige también a incluir la ley que gobierne la validez de los contratos en general. Supone que el domicilio de la persona comprometida en el comercio internacional, es lo suficientemente estable como para permitir la aceptación de la regla.

Todos los signos de esta evolución, confirman la opinión de que se va operando un cambio favorable al principio del domicilio, en el sentido de concedérsele una mayor importancia doctrinaria y práctica. (107) Tal reacción se nota principalmente, como dice Matos:

"Para regular las múltiples y complejas relaciones jurídicas que surgen de los enormes intereses de la vida comercial contemporánea, de las relaciones privadas de orden económico y patrimonial que traspasan las fronteras nacionales y que tanto influyen en el progreso evolutivo de las instituciones sociales". (108)

La aceptación del principio del domicilio no es sin embargo, absoluta. Se muestran en contra de esa corriente, hechos tales como la adopción por México del principio territorial, tanto en su ley civil como en su ley comercial. (109) Abandona así el principio de la ley nacional que estuvo en vigencia hasta el año 1928 y se sale del campo de la ley personal para regir la capacidad de las personas. Considerando la población de México, tal transformación tiene indudable importancia. Representa no sólo ya el hecho de haber desplazado la ley nacional, sino que a la vez ha descartado la posibilidad de una adhesión por parte de este país, al principio del domicilio.

Otro factor negativo, es igualmente la reafirmación de Panamá y del Salvador de mantener el principio territorial, expre-

(105) Buzzati, *op. cit.*, (1911) 43 Rev. D. I. (Fr.) 511.

(106) Lorenzen, *op. cit.* en supra n. 80, p. 165-8, 170.

(107) Jitta, *La Renovation del Droit International* 98 et seq.; Cassin, R. "La nouvelle conception du domicile".

(108) Matos 266-7 parr. 170.

(109) Cf. Cap. VI parr. B, No. 2, p. 304.

sada al votarse en La Habana el Código Bustamante. (110) Debe tenerse en cuenta asimismo, el aparente repudio que el principio del domicilio ha sufrido en Nicaragua, para dar paso en su lugar al de la nacionalidad, aun cuando no se precisa con absoluta certeza su predominio. (111)

Cabe por último indicar la prevalencia de la ley territorial en el Brasil cuando se trata de una obligación cambiaria; y que significa una excepción al principio del domicilio que mantiene su ley civil. (112) En el mismo plano puede situarse a los países que en sus leyes comerciales han adoptado la regla del artículo 74 del Reglamento Uniforme de la Haya sobre capacidad cambiaria. (113) Regla conforme a la cual la ley territorial es de evidente importancia, en su papel de restringir la competencia de la ley nacional. (114)

Si los hechos mencionados no bastan por sí solos para amenazar la creciente aceptación del principio del domicilio en los países americanos, presentan sí suficiente fuerza como para tener en consideración la aplicación de la *lex loci contractus* en lo que se refiere a la capacidad cambiaria. Con mayor razón si se tiene en cuenta la prevalencia de tal regla en la jurisprudencia americana. Este es un factor que en sí mismo, debe ser tenido en cuenta en cualquier intento de unificación sobre la materia.

Parece razonable entonces reafirmar que el problema en América es el de buscar un acercamiento entre el principio del domicilio y el principio territorial, para encontrar la regla que deba regir la capacidad cambiaria tomando como base el principio de la nacionalidad, se proponía que fuera éste el que rigiera la capacidad civil, dejando lo relativo a la capacidad comercial bajo el principio del domicilio. Descartando el principio de la nacionalidad, cuya esfera de acción es de reducidas proporciones en el Continente, cabría contemplar la posibilidad de una fórmula semejante, teniendo como factores el principio del domicilio y el territorial. En tal caso, la capacidad civil quedaría regida por la ley del domicilio, en tanto que la capacidad comercial o simplemente la capacidad cambiaria, lo estaría por el principio territorial.

(110) Cf. Cap. II, p. 100, 108.

(111) Cf. Cap. IV, parr. C, No. 1, p. 171.

(112) Cf. Cap. V, parr. B, No. 7, p. 240 et seq.

(113) Cf. Cap. VII parr. C, No. 1, p. 355.

(114) Cf. Cap. VII, parr. C, No. 5, p. 378 et seq.

Una nueva posibilidad podría ser también la de restringir los efectos de la ley del domicilio, mediante la consideración simultánea de la ley territorial cuyos alcances sería preciso delimitar. La viabilidad de una fórmula de tal naturaleza para gobernar la capacidad cambiaria, revestiría caracteres semejantes a aquella en la cual ha sido la ley nacional y no la del domicilio, la que admitía como complemento el principio territorial. (115)

MANUEL GARCÍA CALDERÓN K.

(Continuará).

(115) Cf. *supra* No. 7, p. 38 et seq. de este capítulo.