

La Capacidad Cambiaria en el Derecho Internacional Privado

CAPITULO II

PAISES QUE COMBINAN LA TERRITORIALIDAD CON LA PERSONALIDAD

A.—Chile. B.—Colombia. C.—Ecuador. D.—El Salvador.
E.—Costa Rica. F.—Panamá.

A.—CHILE

Sumario: 1. El principio territorial de la obligatoriedad absoluta de la ley en el artículo 14 del Código Civil chileno. Sus alcances y consecuencias.—2. El principio de la ley nacional en el artículo 15 y su carácter de excepción al sistema territorial chileno.—3. Alcances de la ley chilena. La jurisprudencia de los tribunales.—4. La relación que existe entre las disposiciones del Código chileno y el artículo 3.º del Código francés. Conclusiones a la materia tratada en los artículos 14 y 15.—5. La regla aplicable a la capacidad cambiaria en la legislación chilena.—6. El Código Bustamante dentro del sistema chileno de derecho internacional privado.

1.—*El principio territorial de la obligatoriedad absoluta de la ley en el artículo 14 del Código Civil chileno.—Sus alcances y consecuencias.*—La ley chilena en su artículo 14, establece un principio absoluto al declarar que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Mediante la definitiva territorialidad del principio, no admite la aplicación de la ley personal del extranjero. A la ley chilena están sometidas pues todas las personas que habitan en el territorio nacional ya sean nacionales o extranjeros, así como también sus bienes y los actos que practiquen. No cabe por lo tanto distinguir entre leyes personales y leyes reales, lo que el Código chileno descono-

ce. (1) A falta de disposición expresa que la regule, la capacidad de los extranjeros está así sometida a la ley chilena, cuando se trate de actos o contratos celebrados o ejecutados en Chile. No así para los que tengan lugar en el extranjero. La capacidad del extranjero en ese caso, aún cuando la obligación tenga efecto en Chile, se rige por la *lex loci contractus*.

La ley civil no se refiere exclusivamente como sucede en otros códigos (2) a las leyes de policía y seguridad como obligatorias para todos los habitantes del territorio nacional. Según los amplios términos del artículo 14, es el conjunto de las leyes sin excepción alguna, el que opera en forma imperativa sobre todos los habitantes de la República (3). La fuerza de las primeras se acepta de manera incontestable. No así en el caso de lo dispuesto por la ley chilena, en el que no existe discriminación entre las normas que obligan a los nacionales y las que obligan a los extranjeros, respectivamente. El espíritu territorial de la legislación chilena, prevalece en varias legislaciones (4) y es el mismo que en su tiempo informó de manera cabal y plena las leyes españolas de Partidas (5); a las que cabe considerar en este punto como uno de sus antecedentes históricos.

La obligatoriedad del artículo 14 ha sido aceptada como in-

(1) 1 Borja 287-8, § 237; 1 Claro Solar 97 § 166. 1 Fabres 23; 2 Davis 214.

(2) Fr. — C. Napoleón, art. 3, inc. 1; La. (EE. UU.) — C. Civ., art. 9 que reproduce el del Código francés; Perú — C. Civ. 1852. Tít. Prel., art. IV; Esp. — C. Civ., art. 8.

(3) Véase No. 4 infra en que exponemos sumariamente, a manera de concordancia, la exacta relación que existe entre los artículos 14 y 15 del Código Civil chileno con el correspondiente del Código de Napoleón.

(4) Ec. — C. Civ., art. 13; Col. — C. Civ. art. 18; Arg. — C. Civ., art. 1.

(5) 1 Las Siete Partidas 10; partida 1. Tít. 1. Ley XV (Como deben obedecer las leyes, y juzgarse por ellas);

"Todos aquellos que son del señorío del facedor de las leyes, sobre que las el pone, son tenudos de las obedeser é guardar, é juzgarse por ellas, é no por otro escrito de otra ley fecha en ninguna manera: él el que la ley face, es tenudo de la facer cumplir. E eso mismo decimos de los otros que fueren de otro señorío, que ficiesen el pleyto, ó postura, ó yerro en la tierra do se juzgase por las leyes: ca maguer sean de otro lugar non pueden ser escusados de estar á mandamiento dellas, pues que el yerro ficiesen, onde ellas han poder: á aunque sean de otro señorío, non puden ser escusados de se juzgar por las leyes de aquel señorío, en cuya tierra oviesen fecho alguna destas cosas".

Cf. con Partida 3, Tít. XIV, Ley XV, que al confirmar la regla anterior, establece al mismo tiempo una excepción en favor de los extranjeros, cuando se trata de contratos que ellos celebraron en el extranjero o de bienes situados en su país. 2 Las Siete Partidas.

discutible. Refiriéndose a ella opina Borja (6) que los jueces chilenos tienen la obligación de aplicarlo en todo caso aún cuando puede suponerse que contraviene los principios de derecho internacional privado. La disposición es clara, agrega, tratándose de los actos ejecutados en el territorio de la República y de las convenciones que en él se hubieren ajustado. De allí pues que, en cuanto a tales actos y contratos, la ley chilena es aplicable al estado y capacidad de las personas; sin que les sea dable a los jueces desatender su tenor literal so pretexto de consultar su espíritu (7).

Naturalmente que, por operación del mismo principio y con las excepciones previstas en el artículo 15, no están sujetos a la ley chilena los chilenos que no habiten en el territorio nacional. Como tampoco lo están los actos o contratos que se verifiquen en el extranjero, salvo el caso previsto en el inciso 3.º, del artículo 16, por el que se arreglarán a las leyes chilenas los efectos de los contratos otorgados en país extraño para cumplirse en Chile. En conclusión, que el artículo 14 sólo será aplicable cuando se trate de los actos o contratos que se celebren o que deban ejecutarse en Chile (8). Pero no lo será si solamente se tratare de exigir ante los tribunales del país el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el extranjero; en cuyo caso será la *lex loci contractus* la que gobierne. Esto se desprende del texto mismo del artículo, ya que no existe disposición expresa en la ley civil que como complemento a él declare que la capacidad en los actos celebrados y los contratos ejecutados en el extranjero, se regirán por la ley del país en donde dichos actos se celebren o dichos contratos se ejecuten; con excepción del artículo 16 que llena en parte este vacío de la ley. La disposición del artículo 14 comprende, sin limitación alguna, tanto a los nacionales como a los extranjeros.

El completo sometimiento de los extranjeros a la ley chilena, encuentra una relativa compensación en el artículo 57 del Có-

(6) 1 Borja 212 § 181.

(7) Lo expresado por Borja concuerda con el artículo 19 del Título Preliminar del Código Civil de la hermenéutica legal chilena. Su texto es el siguiente:

"Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatendrá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu".

"Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

(8) 1 Claro Solar 97 § 167; 1 Borja 273-4 § 227; 1 Fabres 18, 23 et seq.

digo Civil al acreditar éste que la ley no reconoce diferencia entre el chileno y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles, principio también consagrado en la Constitución Política del Estado en su artículo 10. Este artículo, al establecer la igualdad de los derechos civiles, es consecuente con el artículo 14 que estudiamos y que prescribe igual sujeción a la ley. Se refiere únicamente a los derechos civiles y no a los políticos y comprende tanto a los extranjeros domiciliados como a los simplemente transeúntes. Está restringido por ciertas disposiciones de excepción, cuyo comentario, lo mismo que el análisis del artículo 57, no son aquí procedentes (9).

Finalmente, se encuentran acordes los analistas de la legislación chilena al manifestar que el alcance de la palabra territorio de que se vale el artículo 14, está tomado en la más amplia acepción que le atribuye el derecho internacional y no restringido al territorio propiamente dicho (10).

2.—*El principio de la ley nacional en el artículo 15 y su carácter de excepción al sistema territorial chileno.*—En cuanto a los nacionales chilenos, continúan sometidos a las leyes chilenas en los casos señalados en el artículo 15 (11) aunque establezcan su residencia y constituyan su domicilio en país extranjero. Esto es, en lo relativo al estado de esas personas y a su capacidad para ejecutar ciertos actos que hayan de tener efecto en Chile. Así como también en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes chilenos. De lo que se desprende pues, que la ley nacional es aplicable a los chilenos en los actos por ellos practicados que deban tener efecto en Chile, pero únicamente con respecto a su estado y capacidad para ejecutar ciertos actos y con respecto a relaciones de familia (12).

Observemos los términos del artículo 15. Según su texto, todos los chilenos permanecerán sujetos a las leyes patrias, "no

(9) Se encuentra tratado extensamente en 1 Fabres 32 et seq. Nos. IV y V; 1 Claro Solar 101 § 169 y 201 § 359. Concuerda el mencionado artículo 57 con: Ec. — C. Civ., art. 53; Urú. — C. Civ., art. 22; El Sal. — C. Civ., art. 55.

(10) 1 Claro Solar 101 § 170.

(11) Aus. — C. Civ., arts. 4 y 9; Ec. — C. Civ., art. 14; Col. C. Civ., art. 19.

(12) 1 Claro Solar 40-1. Coincide 1 Borja 213, al decir que esta sujeción a la ley patria aun estando en el extranjero, hace resaltar lo anómalo de la regla. 1 Fabres 23-4 § 1 y 75 et seq.

obstante su residencia o domicilio en país extranjero" (13). Con lo que significa que la desvinculación de los nacionales no será considerada como efectiva ni siquiera en el caso de que la persona fije su domicilio en el extranjero en forma permanente y con carácter definitivo. La norma en sí misma, revela manifiesta inconsecuencia jurídica con el principio ya analizado del artículo 14. La amplitud de la disposición proyectada en el artículo 15, debe tener en cuenta, sin embargo, una excepción: la del cambio de nacionalidad. La naturalización obtenida por el nacional, pone fin necesariamente a su dependencia hacia la ley chilena (14).

Hemos dicho que el artículo 15 representa una excepción a la regla del artículo 14. Pero una excepción de extensión reducida y limitada puesto que sólo se aplica a los actos realizados por chilenos y que tengan su efecto en Chile. Comprendiéndose solamente, como ya hemos visto, lo relativo al estado civil y a la capacidad personal para ejecutar dichos actos. Debe asimismo entenderse cuando se habla del efecto del acto, que en él estará comprendido tanto el ejercicio de los derechos como el cumplimiento de las obligaciones que de tal acto procedan.

Por último, aún cuando en el inciso 1.º del artículo 15 hable de la ejecución de ciertos actos, la interpretación literal no puede ser observada en este caso. Como lo hace notar Borja, (15) la capacidad de que habla el legislador se refiere, a no dudarlo, a todos los actos que surten efecto en Chile. Fernando Vélez (16) al tratar de la ley civil colombiana, no toma en cuenta tampoco la expresión "ciertos actos" y supone que el artículo 19 se refiere a todos los actos que deben surtir sus efectos en Colombia. Para Restrepo Hernández (17) en cambio, debe ser tomado textualmente. Aún cuando como él mismo tiene que reconocer, no sea posible determinar cuales son esos actos especiales a que la ley se refiere. En su opinión, ni siquiera es plausible la hipótesis de

(13) En el Proyecto de Código Civil de 1853, de don Andrés Bello, en el artículo 11 sobre el cual se elaboró el actual artículo 15 se consignaba:

"No obstante su residencia, domicilio o naturalización en país extranjero".

Al revisarse el proyecto fue suprimida la mención a la naturalización, ya que en realidad significaba una verdadera prohibición o por lo menos una negación de su valor como principio de derecho internacional. Al mismo tiempo era incompatible con los principios constitucionales profesados e implicaba una contradicción en sí mismo. 12 Bello 6.

(14) Córdovez, Simón, "De los efectos de la ley con respecto al imperio territorial y al tiempo en que debe reír" Latorre 130; 1 Claro Solar 102 § 174.

(15) 1 Borja 310 § 247..

(16) 1 Vélez 29 § 52.

(17) 1 Restrepo Hernández 95.

que esos ciertos actos cumplideros en Colombia, deben ser los relativos a bienes situados en el país. El comentarista del Código uruguayo, Guillet, participa de la misma corriente opinión. Y comenta:

“El espíritu de este precepto es que todos los actos de que se trata se rigen por nuestras leyes. Si el Código emplea la palabra *ciertos* como equivalente de *algunos*, es tal vez en relación a la totalidad de los actos que puede ejecutar el oriental que se encuentra en país extranjero” (18).

Así también, dentro de la palabra actos, como bien dice Fabres (19) están comprendidos naturalmente los contratos; ya que no existiría razón alguna para establecer su separación. Mayormente si se tiene en cuenta que el Código Civil en su artículo 1438, define condición o contrato como “un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa” (20).

Tendremos entonces, como lo apunta con precisión Claro Solar (21) que un chileno tendrá que conformarse a la ley patria en cuanto a su capacidad para ejercer un acto que ha de producir efecto en Chile; mientras que la capacidad de un extranjero para ejecutar fuera de Chile un acto que ha de tener efecto en Chile, se regirá por la ley del país en que el acto fué ejecutado o por su ley nacional y no por la ley chilena. No así los efectos propiamente dichos de los contratos válidamente celebrados en el extranjero, para cumplirse en Chile, los que se arreglarán a la ley chilena. O lo que es lo mismo, que los derechos y obligaciones derivados de esos contratos, cuando se quiere hacerlos cumplir en Chile, se sujetarán a la ley chilena. Esta prudente moderación del artículo 15, en opinión de Fabres, (22) salva los inconvenientes que él encuentra en la extensión casi ilimitada que se le atribuye a la ley personal para gobernar la capacidad. Las disposiciones de este artículo se refieren y concretan por entero a los nacionales chilenos. Sin que para nada puedan ellas ser conectadas con la capacidad de los extranjeros que, como ya hemos expresado, se encuentra sometida a la *Lex loci contractus* acorde con el meca-

(18) 1 Guillet 103.

(19) 1 Fabres 24.

(20) Igual definición se encuentra en Col. — C. Civ., art. 1495; Pan. — C. Civ., art. 11-5.

(21) 1 Claro Solar 102 § 173.

(22) 1 Fabres 56.

nismo del artículo 14. La distinción hecha con respecto a los extranjeros; se encuentra de acuerdo también con la segunda parte del artículo 16, correspondiente del 20 del Código colombiano, que respeta los contratos celebrados válidamente en país extraño. Con lo cual, también se reconoce que sea la *lex loci contractus* la que gobierne la capacidad del extranjero.

Como conclusiones generales al artículo 15 que controla al chileno domiciliado o residente en el extranjero, podrían presentarse las siguientes: a) rige su capacidad para todos los actos y obligaciones de cualquier género que deben surtir efecto en Chile; b) regula el comienzo y fin de su estado civil; y c) interviene en las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia con respecto a su cónyuge y parientes chilenos.

3.—*Alcances y limitaciones en la aplicación de la ley chilena.*—*La jurisprudencia de los tribunales.*—Para precisar aún más la órbita y el funcionamiento de la ley chilena, veamos concretamente los casos en los cuales su aplicación queda absolutamente excluida: a) cuando se trata de actos ejecutados o contratados celebrados por chilenos en país extranjero que no han de tener efecto en Chile; su capacidad por lo tanto se regirá por la ley extranjera; y b) cuando se trate de actos ejecutados o contratos celebrados por extranjeros en el extranjero, aún cuando hayan de tener efecto en Chile; su capacidad también en este caso será regida por la ley extranjera. En el primer supuesto, los tribunales chilenos reconocerán la validez de la obligación contraída por un chileno, menor de edad ante la ley chilena, que hubiera contratado en el extranjero. En el segundo, reconocerán también la validez de la obligación de un extranjero, aún cuando fuese menor de edad según la ley chilena y la obligación surtiera sus efectos en Chile. Es decir, que deberá ser la *lex loci contractus* la que impera en ambos casos.

Los tribunales nacionales han declarado que la capacidad legal del contratante, por un contrato celebrado en el extranjero, debe sujetarse a las leyes del país en que se celebra. Habiéndose decidido que para apreciar el valor y la eficacia legal de un contrato otorgado en el extranjero e impugnado en Chile por falta de capacidad del otorgante, es indispensable acudir a los principios del derecho internacional privado, según los cuales las leyes patrias rigen privativamente en lo relativo al estado de las personas y a su capacidad para ejecutar actos que hayan de tener efecto en país extranjero.

En mérito a tal principio se ha resuelto en fallo del año 1908 (23) que es válido en Chile el contrato celebrado en Inglaterra por un inglés de más de veintiún años y de menos de veinticinco, ya que la ley inglesa fija en veintiún años la mayor edad de los ingleses (24) y a los que llegan a ella les da capacidad para ejecutar por sí mismo toda clase de contratos y para obligarse personalmente a su cumplimiento. En sentencia importante de fecha aún más reciente, en 1931, los tribunales nacionales han enfocado el problema en toda su extensión. Y se ha resuelto que:

“Los actos ejecutados y los contratos celebrados fuera de Chile se rigen por la ley del país donde se ejecutan o celebran. La ley chilena respeta esos actos y contratos y les reconoce validez si se han ajustado a las leyes del país en que se efectuaron”.

Los requisitos internos, o sea las condiciones indispensables para la validez de un acto jurídico y que miran a la capacidad de las personas, al consentimiento de las partes y al objeto de la disposición, se rigen por la ley del lugar en que el acto o contrato se celebra. Los requisitos externos o formalidades, que dicen relación al modo de declarar o comprobar el consentimiento, se rigen también por la misma ley. En ambos casos, deben tenerse en cuenta las excepciones indicadas en el inciso 1.º del artículo 15 y el artículo 18 del Código Civil.

Con tales fundamentos se falló en el caso de autos, que:

“Las letras de cambio giradas, aceptadas y avaladas en España, por lo que respecta a su valor, inteligencia y fuerza; deben regirse únicamente por la legislación española, y tanto los requisitos de forma de esas letras y de ese aval, como su eficacia jurídica y las facultades de quienes los suscriban deben juzgarse con arreglo a las leyes españolas; y con arreglo a éstas debe apreciarse si su causa es ilícita, si hubo o no dolo, y si los apoderados del avalista tenían o no facultades para otorgar el aval” (25).

Ya hemos puntualizado como, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14, es la misma regla la que se aplica tanto a nacionales

(23) Chile — C. A., Valparaíso, Sen., 2.1.1908, (1908) 6 Rev. D. J., pt. 2, sec. 2, 70.

(24) Por Ley No. 7612 de 21 de octubre de 1943, que modifica al Código Civil, se fijó la mayoría de edad en veintiún años; reduciendo así, según el artículo 26 de dicha ley, la de veinticinco años que anteriormente fijaba la ley chilena. Se han derogado, por consecuencia, los artículos 297 a 303 del Código Civil, sobre habilitación de edad. D. O. 21. X. 1943.

(25) Chile — C. A. Santiago, Sen., 13.I.1931. (1933) 30 Rev. D. J., pt. 2, sec. 2, 33.

como a extranjeros. Es decir, que la ley chilena no distingue entre la capacidad de unos y otros cuando se trate de actos celebrados o contratos ejecutados en el país. Así tendremos por ejemplo, que un norteamericano que adquiriría la mayoría de edad a los veintiún años, devendría menor de edad en Chile por el sólo hecho de la residencia; y podría en consecuencia justificarse la nulidad de un contrato celebrado en Chile que habría sido válido al ser contraído en los Estados Unidos. Los tribunales americanos, siguiendo el principio de la *lex loci contractus*, tendrían a su vez que reconocer la ineficacia de tal obligación. De acuerdo con el mismo patrón, la capacidad de la mujer casada norteamericana, residente en Chile, será juzgada no de acuerdo a la ley de su Estado, sino de conformidad con la ley chilena.

De manera semejante operará el artículo 15 tratándose del nacional chileno, menor de veintiún años pero mayor de dieciocho, que girara en los Estados Unidos una letra, pagadera en Chile. Se declarará nula la obligación por él contraída. Nada importará pues que el girador fuera capaz de acuerdo con la ley norteamericana, si era menor ante la ley chilena. Al demandarse el pago de la letra en Chile, el girador o quién lo representase legalmente, podría alegar la nulidad existente. Esta, en vista de la incapacidad del girador, sería declarada por los tribunales chilenos.

4.—*La relación que existe entre las disposiciones del Código chileno y el artículo 3.º del Código francés.—Conclusiones a la materia tratada en los artículos 14 y 15.*—El principio que gobierna la capacidad en la legislación chilena se completa, si señalamos que ella no reconoce distinción alguna entre la capacidad de hecho y la capacidad de derecho (26). Ni la legislación ni la doctrina de ese país contemplan tal distinción, como sucede por ejemplo en la ley civil argentina.

Esto está perfectamente acorde sin duda, con el fundamento territorial que sustenta el principio chileno.

Sistematizando la materia tratada en los artículos 14 y 15 del Código Civil de Chile, las conclusiones a las que se puede arribar son las siguientes: 1) El principio general es el de que la ley chilena rige sobre todos los residentes en el territorio nacional sin distinción alguna. 2) Mediante ese principio es la ley chilena la que regula la capacidad del extranjero en las obligaciones que

(26) 1 Borja 313.

contraiga dentro del territorio de la República. 3) Su aplicación está constreñida respecto al extranjero, única y exclusivamente en los actos o contratos que se celebran o deban ejecutarse en Chile. 4) Consecuentemente, la capacidad para los actos celebrados y los contratos ejecutados en el extranjero, se regirá por la ley del país donde dichos actos se celebren o dichos contratos se ejecuten, aún cuando ellos tengan sus efectos en Chile. En este caso será la ley personal del extranjero o la del país en que el contrato se celebró la que gobierne, pero no la ley chilena. 5) Estarán sometidos a la ley chilena sin embargo los chilenos, en lo relativo a su estado civil y capacidad personal, en el caso de que los actos que celebren o las obligaciones que contraigan en el extranjero, hayan de tener efecto en Chile.

Para concluir, tracemos en breves líneas la correspondencia que existe entre los artículos 14 y 15 del Código Civil chileno y el art. 3.º del Código de Napoleón.

Es un error considerar el artículo 3.º del Código francés como la fuente del artículo 14. No sólo por cuanto la ley civil francesa, como la ha hecho ver Fabres, (27) sigue en su integridad el principio de la ley nacional, sino porque ella se refiere solamente a la obligatoriedad de las leyes de policía y seguridad. Mientras que la ley civil chilena, a la par que sigue el principio territorial en forma terminante, declara la obligatoriedad de las leyes locales en su totalidad como cuerpo de Derecho.

Sí procede en cambio, del artículo 3.º del Código napoleónico, el artículo 15 del Código Civil chileno. En él tiene su fuente y de él ha tomado su espíritu. Aún cuando indudablemente el precepto general de la ley francesa, es de un carácter mucho más amplio que el introducido en la ley chilena. Este último, como ya lo hemos dicho, es por su naturaleza misma nada más que una limitación y una excepción a la norma implantada en el artículo 14. Por eso, mientras que en el Código francés la ley nacional que gobierna la capacidad, acompaña al francés en todos los actos y contratos en los que él intervenga y cualquiera que sea el lugar en que se encuentre, la ley chilena por su parte sólo sigue al chileno en el extranjero, en aquellos actos o contratos que tengan efecto en Chile (28).

(27) 1 Fabres 30.

(28) En las notas de Bello, el renombrado autor del Código Civil chileno, se señalaba sin embargo el artículo 3 como la fuente directa del artículo 14; no obstante, por lo expuesto y por el tenor claro de ambas disposiciones, se puede apreciar que la influencia francesa en el artículo de la ley chilena, no existe.

5.—*La regla aplicable a la capacidad cambiaria en la legislación chilena.*—El Código de Comercio chileno, promulgado el 23 de noviembre de 1865 y en vigor desde el 1.º de enero de 1867, no contiene disposición alguna para reglar los conflictos de leyes en materia de letra de cambio. De donde resulta que los casos de derecho internacional privado a que dé lugar la capacidad del cambiario, deberán ser remitidos a las normas del Código Civil para su solución. La mera ausencia de disposición especial sobre dicho punto en el Código de Comercio, bastaría para justificar esa remisión. Pero, a mayor abundamiento, detallaremos las disposiciones generales mediante las cuales se fundamenta la accesión al Código Civil.

El artículo 2.º del Código de Comercio dice que en los casos que no estén especialmente resueltos por este Código, se aplicarán las disposiciones del Código Civil. (29) Se complementa el artículo anterior con las disposiciones del artículo 96 del mismo Código, referente a las obligaciones. Diciendo que las prescripciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos en general son aplicables a los negocios mercantiles, salvo las modificaciones que estableciera la propia ley mercantil (30) Disposición ésta que en opinión del comentarista chileno Palma (31) constituye una redundancia innecesaria, ya que en defecto de ella se habría llegado a la misma conclusión aplicando el principio general del artículo 2.º (32). Disposiciones del mismo tipo que las del Código de Comercio chileno, son las de los artículos 1.º y 182 del Código de Comercio terrestre de Colombia. Con respecto a ellas, caben los mismos razonamientos.

De lo expuesto resulta pues, no haber inconveniente alguno para aplicar las normas del Código Civil que hemos analizado en los números anteriores, a los conflictos de leyes en cuanto a la capacidad cambiaria. Podemos así concluir manifestando que,

(29) Legislación comparada: Fr. — C. Com., art. 631; Esp. C. Civ., arts. 1090, 1092; It. — C. Civ., art. 1103; Port. — C. Com., arts. 1, 3; Arg. — C. Com., art. 207.

(30) Legislación comparada: Fr. — C. Civ., arts. 1107, 1153, 1341, 2084; Esp. — C. Civ., art. 1214 et seq. y 1278 et seq.; It. — C. Civ., arts. 1103, 1341, 1890; Fr. — C. Com., arts. 18, 109; Esp. — C. Com., art. 50; It. — C. Com., art. 1; Port. — C. Com., arts. 1, 3; Arg. — C. Com., art. 207; Perú — C. Com., Art. 50.

(31) 1 Palma Rogers 288. En el mismo volumen, p. 44, se encuentra el comentario al artículo 2.º al tratar de las fuentes del derecho mercantil.

(32) Véanse las decisiones de los tribunales sobre la aplicación de ambos artículos, en 1 Davis y Calderón 14 et seq. y 67 et seq.

en consecuencia, la capacidad de los extranjeros para contraer cualquiera de las obligaciones que puedan emanar de una letra de cambio, se rige por la ley del país en que la obligación se contrajo (33).

6.—*El Código Bustamante dentro del sistema chileno de Derecho Internacional Privado.*—Chile está adherido, con reservas, al Código Bustamante. Su adhesión se efectuó mediante el decreto de promulgación que aparece en el Diario Oficial de 25 de abril de 1934. El depósito de las ratificaciones respectivas tuvo lugar el 6 de setiembre de 1933.

Lo mismo que con los demás países suscritores del Código de Derecho Internacional Privado, las reglas sobre el estado civil y la capacidad de las personas, no han sido alteradas en la ley chilena. Nos remitimos a la sección respectiva en la cual exponemos la naturaleza y significación de lo estatuido en el Código Bustamante a este respecto.

Debe ser absuelta, sin embargo, en el caso de Chile, una pura cuestión de terminología. Según el artículo 27 del Código Bustamante, la capacidad de las personas individuales se rige por su ley personal. Esto parecería encontrarse en oposición con el principio territorial establecido en la ley civil chilena y al que usualmente se le contrapone el de la ley personal representada por el domicilio o la nacionalidad. Sin embargo, este reparo carece de valor práctico debido al dispositivo del artículo 7.º que lo absuelve al decir que cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior. Queda así esclarecido lo que en este caso el Código entiende por leyes personales, que no vendrá a ser otra cosa que el conjunto de los principios que gobierna el estado y la capacidad de acuerdo con el sistema adoptado o que se adopte.

La delegación chilena a la Sexta Conferencia Panamericana de la Habana del año 1928, al suscribir la Convención de Derecho Internacional Privado, declaró que:

"The Delegation of Chile will not be an obstacle to the approval of a Code of Private International Law by this Pan American Conference; but it will reserve its vote on such matters and questions as it may deem advisable, especially to those

(33) En el mismo sentido 2 Davis 214.

points relating to the traditional policy or legislation of Chile" (34).

En el párrafo segundo del instrumento de ratificación se confirmó la reserva hecha de que, además, ante el derecho chileno y con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera, los preceptos de la legislación actual o futura de Chile, prevalecerán sobre dicho Código.

B.—COLOMBIA

Sumario: 1. Las provisiones de la ley colombiana y la corriente de revisión del sistema existente.—2. El artículo 18 del Código Civil colombiano comparado con el artículo 14 del Código Civil chileno.—3. Las adiciones al artículo 19 del Código Civil colombiano con respecto a su modelo el Código Chileno.—4. Conclusiones sobre la aplicabilidad de la ley colombiana. La crítica de que ha sido objeto.—5. La regulación de la capacidad cambiaria en el derecho colombiano.—6. La adhesión de Colombia a los Tratados de Montevideo.

I.—*Las provisiones de la ley colombiana y la corriente de revisión del sistema existente.*—Los artículos 18 y 19 del Código Civil de Colombia de 1876 (35) contienen las dos primeras reglas de derecho internacional privado que consagra la ley colombiana. Son exactas en principio a las de los artículos 14 y 15 del Código Civil de Chile del que proceden. Es dable por eso extender a dicho articulado las observaciones formuladas a la ley chilena, con excepción de algunas diferencias que apuntaremos más adelante.

Decíamos al ocuparnos del sistema de este grupo de países, que en Colombia se esbozaba ya la reforma del principio mantenido. La misma posición de defensa del domicilio había sido adoptada con anterioridad por la delegación colombiana al discutirse el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado en la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro de 1927. El delegado Yepes manifestaba su disposición para aceptar cualquier fórmula de transacción aún cuando fuera en contra de las leyes colombianas. Y expresaba que, teniendo un Código que

(34) I. Conf. Am. States, La Habana, 1928. Final Act, 88.

(35) Empezó a regir el 1.º de abril de 1876 por Decreto No. 41 de dicho año. C. O. No. 3650.

consagra la ley nacional para regir el estado y capacidad de los colombianos en el exterior, ellos eran partidarios de la ley del domicilio, estimando que la unidad jurídica del continente debería hacerse sobre esa base, que es la única científica y la única que responde a las leyes verdaderamente americanas. (36) Con lo que vemos pues cómo, la opinión de la propia delegación significaba una crítica ya que no un repudio al principio territorial imperante en la legislación colombiana.

2.—*El artículo 18 del Código Civil colombiano comparado con el artículo 14 del Código Civil chileno.*—El texto del artículo 18 del Código Civil que decía simplemente que la ley es obligatoria tanto a los nacionales como a los extranjeros residentes en Colombia, fué primero sustituido por el artículo 9.º de la Ley 145 de 1888 y luego por el artículo 59 de la Ley 149 de 1888. Al ser derogada esta última expresamente por el artículo 340 del Código de Régimen Político y Municipal, el artículo pasó a formar parte de este Código bajo el número 57 que lo conservó en su totalidad. Según su texto, las leyes obligan a todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros, sean domiciliados o transeúntes; salvo respecto de éstos, los derechos concedidos por los tratados públicos. (37) Al efectuarse la sustitución indicada, se agregó la última parte que no consignaba el artículo 18 del Código Civil. Es decir, la excepción que se operará en favor de los extranjeros en los casos que contemplen los tratados suscritos. Agregando que, aún cuando no tiene mayor significación, marca sin embargo una diferencia con el artículo 14 del Código Civil chileno que no lo contiene.

A pesar de la variación en los términos del artículo citado, se consagra tal como en Chile el principio de la territorialidad de las leyes. Los extranjeros no pueden invocar en Colombia para los actos que cumplan en el país, en lo tocante a su estado civil y capacidad, la efectividad de su ley nacional (38). La mayoría de edad por ejemplo en tales casos, estará controlada por la ley colombiana que la fija en veintiún años. Sin que importe al respecto lo dispuesto en la ley del país al que el extranjero pertenece (39).

(36) 3 Com. I. Jurisconsultos Am., Río, 1927. 153.

(37) Cf. Constitución colombiana (5 de agosto de 1886) arts. 10-13.

(38) 1 Champeau y Uribe 61.

(39) 1 Anzola 14; Uribe, (1925-7) 1-6 An. Fac. D. y Cien. Pol. Bogotá 420.

De la misma manera un hijo de colombiano nacido en el extranjero que viene a establecerse en Colombia, se someterá, en lo relativo a su edad, a las leyes colombianas, sea que se aplique el estatuto nacional, sea que se aplique el local. Este punto aparece claro en opinión de Restrepo Hernández. (40) No así cuando se trate de juzgar en Colombia sobre actos que se van a cumplir en el país o aún en asuntos de competencia nacional ejecutados por un colombiano antes de regresar al país. La ley colombiana en estos casos no le es aplicable directamente. Pero podrá serlo indirectamente al admitirse el *reenvoi*, si la ley extranjera se remitiera a la ley local.

3.—*Las adiciones al artículo 19 del Código Civil colombiano con respecto a su modelo el Código chileno.*—En cuanto al artículo 19 del Código Civil colombiano que sigue en su integridad la letra del artículo 15 del Código Civil chileno, contiene dos adiciones al final de los incisos 1.º y 2.º respectivamente. La del inciso 1.º se refiere a que también regirá la ley colombiana el estado y la capacidad de los colombianos en el extranjero, cuando se trate de asuntos que sean de competencia nacional. Mientras que para el código chileno, hemos visto que será únicamente cuando sean actos que hayan de tener efecto en Chile. Este aditamento al artículo 19 de la ley colombiana, que aumenta su confusión, ha sido interpretado en el sentido de que, en todo asunto de competencia nacional que se ventile o se realice en el extranjero con intervención de colombianos, estos permanecen sujetos a las disposiciones colombianas sobre derechos y obligaciones civiles (41).

Mediante la adición al inciso 2.º se somete a los nacionales residentes en el extranjero a la ley colombiana en cuanto a las relaciones de familia, solamente en tanto que dichas relaciones hayan de tener efecto en Colombia. En el Código chileno en cambio, los chilenos están sometidos a la ley chilena en esas relaciones, en cualquier caso. Se tiene así que en Colombia, tanto el estado y capacidad de las personas, como las obligaciones y derechos originados de las relaciones de familia respecto de sus cónyuges y parientes colombianos, se regirán por la ley colombiana siempre que unos y otros produzcan su efecto en Colombia. Sabemos que en Chile sólo se requiere que los actos realizados por el nacional en el extranjero tengan su efecto en Chile, cuando se

(40) 1 Restrepo Hernández 97 § 160.

(41) Op. cit. 96.

trate del estado y capacidad. La disposición de la ley chilena entonces, es más amplia en este particular que la de la ley colombiana (42).

4.—*Conclusiones sobre la aplicabilidad de la ley colombiana.*—*La crítica de que ha sido objeto.*—Vistas las diferencias que existen entre las leyes chilena y colombiana, podemos concretar en cuanto a la aplicabilidad de la última, lo siguiente: a) la ley es obligatoria para todos los habitantes del país, inclusive los extranjeros domiciliados o transeúntes; salvo el caso de los derecho y excepciones acordados por los tratados vigentes; b) la ley colombiana gobernará el estado y la capacidad de los colombianos cuando se trate de actos que deban surtir efectos en Colombia o cuando se trate de asuntos que la ley declara ser de competencia nacional; c) la ley colombiana gobernará también cuando se trate de relaciones de familia que hayan de tener efecto en Colombia o estén envueltos asuntos de competencia nacional. La ley colombiana se aparta pues, aún cuando no en toda la línea, de lo dispuesto en el Código chileno (43).

Al hacer la revisión de la legislación colombiana en la materia de que estamos tratando, Caicedo Castilla, partidario de la reforma de la ley civil señala algunas críticas al sistema del Código Civil: a) inestabilidad en la condición jurídica de las personas derivadas del simple cambio de residencia en que se basa el principio territorial; b) concepto de la soberanía territorial absoluta que impide la aplicación de leyes extranjeras dentro del territorio del Estado; c) falta de lógica al sujetar al extranjero en Colombia a la ley local y al colombiano en el extranjero a la ley nacional; d) atentado contra el principio fundamental de la igualdad jurídica al reivindicar para sí relaciones jurídicas que no le corresponden; e) contrario al desarrollo del comercio internacional; f) elimina los conflictos de leyes y se aparta por lo tanto de la recta solución jurídica que indica buscar la norma aplicable; g) inadmisibilidad de la doctrina en la generalidad de las legislaciones (44).

(42) Anotan esta diferencia, 1 Vélez 29 y 1 Restrepo Hernández 96. Uribe por su parte considera la parte final del inciso 2.º del artículo 19, como obvia y piensa que pudo haberse suprimido. Uribe, *op. cit.*, 424.

(43) Consúltase el estudio de Uribe, J. A., "Derecho Internacional Privado de Colombia" (1901) 2 An. Dipl. y Cons. (Col.) 849 et seq.

(44) El Ministro de Gobierno y la reforma del Código Civil, pt. 2, "Conceptos de diversas entidades públicas y juriconsultos colombianos" (Bogotá, 1939) 130 et seq. Contrario también al sistema colombiano, Uribe, *op. cit.*, 420 et seq.

5.—*La regulación de la capacidad cambiaria en el derecho colombiano.*—El artículo 507 del Código de Comercio Marítimo prescribe que todo lo relativo al contrato de cambio y a las letras que en él intervienen, aún respecto de los giros que se hacen por o contra personas residentes en país extranjero y salvas las disposiciones de los países respectivos que sean aplicables según el derecho de gentes, se regirá por las disposiciones de la ley colombiana. El derecho de gentes a que se refiere este artículo, debe ser entendido como expresando Derecho Internacional Privado (45). Ni el Código de Comercio Terrestre, ni la Ley 46 de 1925 sobre Instrumentos Negociables, traen disposición semejante.

Así tendremos que la ley aplicable a la capacidad cambiaria, a falta de disposición expresa que la regule, será la misma que se aplique a la capacidad ordinaria para contratar. Encuadran acá los artículos 1.º y 182 del Código de Comercio Terrestre de Colombia, correspondiente al artículo 2.º y 96 del Código de Comercio de Chile. A su vez esta capacidad para contratar estará sometida al principio que adopte cada legislación en su sistema de derecho internacional privado. En el caso de Colombia, lo mismo que en el de Chile, habrá que distinguir dos posibilidades: 1) la del contrato celebrado en país extranjero que debe cumplirse o producir efectos en Colombia; y 2) la del contrato celebrado en Colombia siendo extranjeros los contratantes o uno de ellos. La diferenciación establecida nace de la doble aplicación, tantas veces repetida, de la ley territorial y de la ley nacional.

En el primer caso propuesto, pueden igualmente producirse dos situaciones: a) si los contratantes son colombianos será la ley colombiana la que decida la capacidad; por lo cual el menor de edad, la mujer casada y los que están sometidos a interdicción, tendrán obligatoriamente que sujetarse a la ley colombiana y observar las condiciones por ella previstas, para contratos que en algún momento puedan hacerse valer en Colombia. b) si los contratantes son extranjeros será la *lex loci contractus* la que la controle aún cuando el contrato surta sus efectos en Colombia. La solución a la segunda de estas situaciones, está por otro lado de acuerdo con la segunda parte del artículo 20 del Código Civil colombiano, correspondiente al artículo 16 del Código Civil chileno, que acepta los contratos celebrados válidamente en país ex-

(45) Así lo interpreta 2 Restrepo Hernández 145.

traño. Lo que implica pues, reconocer que la capacidad del extranjero estará sometida a la *lex loci contratus* (46).

6.—*La adhesión de Colombia a los Tratados de Montevideo.*—Colombia se adhirió al Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, por la Ley No. 40 de 1933. Se aceptó su adhesión por Decreto de 20 de marzo de 1934, expedido por el Gobierno argentino. El instrumento de ratificación fué depositado con fecha 25 de Octubre de 1934. El Tratado rige las relaciones de derecho internacional privado de Colombia, con Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay. Con respecto a ellos por lo tanto, serán las reglas del Tratado las que se apliquen al producirse un conflicto de leyes en materia de capacidad. Del mismo modo que con los demás países, nos remitimos a la sección respectiva para el análisis de sus principios.

Aún cuando Colombia suscribió la Convención, no ha llegado a ratificar hasta la fecha el Código Bustamante. En igual situación a la de Colombia están la Argentina, Paraguay y Uruguay.

C.—ECUADOR

Sumario: 1. Las normas sobre capacidad en los artículos 13 y 14 del Código Civil ecuatoriano. Territorialidad y extraterritorialidad.—2. Concordancia de las disposiciones de la Ley de Extranjería y Naturalización con las del Código Civil.—3. El Código Bustamante y su ratificación por el Ecuador.—4. La regla del Código de Comercio sobre capacidad cambiaria.—5. Aclaración necesaria sobre la provisión que declara aplicables al pagaré las disposiciones sobre la letra de cambio.—6. La capacidad en el tratado de Derecho Internacional Privado suscrito entre Ecuador y Colombia.

1.—*Las normas sobre capacidad en los artículos 13 y 14 del Código Civil ecuatoriano.*—Territorialidad y extraterritorialidad.—El Código Civil ecuatoriano fué promulgado el 4 de diciembre de 1860. Comenzó a regir desde el 1.º de enero de 1861. Sus artículos 13 y 14 constituyen la fiel reproducción de los artículos 14 y 15 del Código Civil chileno, que fué adoptado por Ecuador. (47) La exposición que hemos hecho alrededor de las

(46) En el mismo sentido, Caicedo Castilla 194 § 120 y Uribe, *op. cit.* 428.

(47) Peñaherrera, V. M., "Legislación ecuatoriana actual" (1924) 13 *Rev. For. (Ec.)* 261; Borja, L. F., "La Legislación ecuatoriana en 1901" (1923) 12 *Rev. For. (Ec.)* 35; Pérez Guerrero, *op. cit.*, (1940) 63 *An. Univ. Cen. (Ec.)* 455 et seq.

disposiciones de la ley civil chilena, se ajusta por consiguiente en su integridad al derecho ecuatoriano. Tanto más cuanto que la materia a que sus reglas se refieren, no ha sido sometida a reformas substanciales como acontece con otras partes de la legislación civil ecuatoriana. La redacción de los artículos 13 y 14 del Código Civil fué mantenida intacta aún en la última revisión que se le encomendó a la Academia de Abogados de Quito con motivo de la publicación de la nueva y última edición de 1930. (48) Lo que quiere decir pues, que tanto la interpretación como la aplicación del sistema chileno le ha de servir de pauta (49).

Del mismo modo que en el Código chileno, los artículos del Código del Ecuador forman parte del Título Preliminar que coincide en sus rasgos fundamentales con el Código de Napoleón; sin embargo de ser aquellos más detallados que su fuente. A diferencia del Código Civil colombiano que se aparta en ciertos puntos, según hemos visto, de su modelo el Código chileno, el ecuatoriano lo sigue literalmente. Con la única excepción del agregado a la parte final del artículo 13 prescribiendo que la ignorancia de la ley no excusa a persona alguna. Emparentándose en esa forma con el artículo 1.º del Código de Panamá tomado del artículo 2.º del Código Civil español, que al declarar la obligatoriedad de la ley en el territorio de la República, agrega también que la ignorancia de ella no sirve de excusa.

Uno de los comentadores del Código ecuatoriano, (50) encuentra que hay contradicción evidente entre el sistema de igualdad jurídica preconizado en las Constituciones ecuatorianas para el nacional y el extranjero, y la norma del artículo 15. Puesto que si la igualdad se dá como un derecho, no se comprende como por otra parte se sujeta a los extranjeros a la ley ecuatoriana sin excepción alguna. En su opinión no cabe aceptar literalmente el principio y estiman que deben respetarse al estado y la capacidad válidamente adquiridos por el extranjero, siempre que, naturalmente, no estén en pugna con algún principio de orden público internacional (51). Considera perfectamente injusto el desco-

(48) Ver (1924) 13 Rev. For. (Ec.) 322 y (1925) 14 Rev. For. (Ec.) 63. Esa revisión le fué encomendada por decreto legislativo de 30 de setiembre de 1912. Empezóse la revisión en 1924.

(49) Como una muestra de la paridad entre el Código ecuatoriano y el chileno, podemos consignar que precisamente, Luis Felipe Borja, uno de los comentaristas ecuatorianos más destacados, tituló su obra "Estudios sobre el Código Civil chileno".

(50) Pérez Guerrero, *op. cit.*, tomo 64, p. 211.

(51) *Id.* 223.

nocer los derechos adquiridos por el extranjero fuera del país, so pretexto de que esos derechos no fueron adquiridos de acuerdo con las leyes ecuatorianas (52).

El artículo 14 del Código Civil ecuatoriano lo considera Pérez Guerrero (53) como un complemento del anterior y en los que predomina el espíritu territorial y exclusivista del legislador y el propósito de evitar la intervención de la ley extranjera. Eso explica al mismo tiempo según Salazar Flor, (54) la oposición doctrinaria que existe entre los artículos 13 y 14, demostrando la intención del legislador. El artículo 13 señala un principio territorial absoluto y el artículo 14 uno de extraterritorialidad desde que la ley acompaña al ecuatoriano donde quiera que él se encuentre. Como ya hemos dicho al tratar de Chile y Colombia, es el principio de la nacionalidad el que domina en este artículo. Y será por lo tanto de acuerdo a la Constitución y a las leyes complementarias respectivas, que se deberá decidir quienes son considerados ecuatorianos y en qué casos, para saber hasta qué momento están ellos sujetos a las leyes patrias.

En general puede decirse que el articulado del Código de Bello en la materia que estudiamos, adolece de falta de precisión en sus términos. Lo que ocasiona como corolario la vaguedad de su contenido legal (55).

2.—*Concordancia de las disposiciones de la Ley de Extranjería y Naturalización con las del Código Civil.*—La Ley de Extranjería, Extradición y Naturalización del 16 de febrero de 1938, contiene algunas disposiciones que interesa concordar con las de la ley civil. Establece diferencia entre extranjeros domiciliados y transeúntes cuyo objeto es según el artículo 14 el de que el goce y el ejercicio de los derechos de los extranjeros domiciliados sean regulados por el sistema legal del domicilio en los casos en que éste sea reconocido por la legislación ecuatoriana.

Paralelo al artículo 13 del Código Civil que conocemos, es el artículo 26 de la Ley de Extranjería que sujeta al extranjero a la ley ecuatoriana sin excepción alguna y sin que en ningún caso y por ningún motivo puedan hacer valer su calidad de ex-

(52) Id. 207, in fine.

(53) Id. 218.

(54) Salazar Flor 161, (1935) 54 An. Univ. Cen. (Ec.) 501.

(55) Esa falta de precisión la anota cuidadosamente Salazar Flor 154 o id. 496.

tranjeros. Como se vé, consagra igualmente el principio territorial en todo su vigor.

Concordando también con el artículo 53 del Código Civil en el que se dispone que la ley no reconoce diferencia entre el ecuatoriano y el extranjero en cuanto a la adquisición y goce de los derechos civiles, está el artículo 24 de la Ley de Extranjería. Según él, los extranjeros gozan en el Ecuador de los mismos derechos civiles que corresponden a los nacionales. Pero sin que ellos se extiendan, agrega la ley, restringiendo su amplitud, a los privilegios que las leyes ecuatorianas confieren exclusivamente a los nacionales (56).

3.—*El Código Bustamante y su ratificación por el Ecuador*.—El Ecuador suscribió el Código Bustamante en su totalidad al ser votado en la Conferencia de La Habana de 1928. Declarando en esa oportunidad la Delegación ecuatoriana que:

"It does not deem it necessary to set forth any reservation, preserving only the general power, provided in the Convention itself, which leaves the Governments at liberty to ratify it:" (57).

El gobierno posterior ratificó la Convención "en cuanto no se oponga a la Constitución y Leyes de la República". (58) El depósito de ratificaciones tiene fecha 31 de mayo de 1933 (59).

Aún en el caso de no existir la salvedad con la que se ratificó el Código y que realmente significa una reserva de carácter general, su aprobación deja en pie los principios de derecho internacional privado que regulan el estado y la capacidad en la legislación ecuatoriana. Principios que no son otros, repetimos, que aquellos que preconiza su modelo el Código chileno. La reserva con la que se ratificó, hemos afirmado que tiene carácter general. Es decir, que conforme a ella parece que sólo deberá considerarse el Código Bustamante como supletorio de la legislación ecuatoriana en los casos en que ella no contenga la disposición pertinente (60). No podría decirse tampoco, que la forma

(56) El artículo 53 del Código Civil del Ecuador concuerda con el 57 del Código Civil de Chile.

(57) I. Conf. Am. States, La Habana, 1928. Final Act. 87 Conf. I. Am., La Habana, 1928. Diario 411.

(58) Fué aprobado por Decreto del Senado de 11 de noviembre de 1932 y sancionado por el Ejecutivo con fecha 15 de abril de 1933.

(59) El decreto respectivo aparece en B. O. 19. VI. 1933. Cf. Bustamante, Manual 654.

(60) Participa de esta opinión, Pérez Guerrero, op. cit. 209.

en que fué ratificado significa un rechazo absoluto. El hecho mismo de la ratificación nos está indicando lo contrario.

4.—*La regla del Código de Comercio sobre capacidad cambiaria.*—Conjuntamente con los principios generales de derecho internacional privado de la legislación civil, el Código de Comercio del Ecuador (61) mantiene también reglas para la solución de los conflictos de leyes sobre letras de cambio y pagarés a la orden.

Por decreto del 5 de diciembre de 1925 se incorporó al Código de Comercio con plena fuerza de ley, en sustitución de los Títulos VIII y IX, el Proyecto formulado por el Consejo Central Ejecutivo de la Alta Comisión Interamericana, en materia de letras de cambio y pagarés a la orden. Dicho Proyecto de unificación legislativa había sido acogido por el Primer Congreso Financiero Panamericano de Washington de 1916. Las bases esenciales para su elaboración fueron el Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 y las modificaciones acordadas por la Alta Comisión Internacional en sus sesiones de Buenos Aires en 1916. Principalmente, el texto del Reglamento Uniforme. Finalmente, la adopción del Proyecto tal como fué presentado a la Unión de las Repúblicas Americanas, estuvo sujeto a revisión por la legislatura ecuatoriana (62).

El capítulo destinado a los conflictos de leyes, que es el que nos interesa considerar, no sufrió modificaciones de ningún género al ingresar a la ley comercial del Ecuador. Sus artículos son la copia textual de los del Reglamento Uniforme de La Haya. De allí que conforme a la ley vigente en el Ecuador, la capacidad de una persona para obligarse por medio de una letra de cambio se determinará por su ley nacional. Pero, si esta ley declarare ser competente la ley de otro Estado, será la de este último la que se aplique. Sin embargo, toda persona incapaz de acuerdo con la ley indicada, quedará validamente obligada si se hubiere comprometido en el territorio de un Estado conforme a cuya legislación sería capaz (63).

5.—*Aclaración necesaria sobre la provisión que declara aplicables al pagaré las disposiciones sobre la letra de cambio.*—

(61) Promulgado en 1906 y vigente desde el 9 de octubre de 1907. Tomado en su mayor parte del Código de Comercio anterior que estuvo en vigor desde 1882 y que tuvo por bases principales el español y el francés. Véase nota informativa en (1924) 13 Rev. For. (Ec.) 279.

(62) 24 Colección de Leyes, tomo I (1925) 532.

(63) Cf. Cap. VII, en especial véase el No. 5 del mismo.

El artículo 79 del Reglamento Uniforme de La Haya, que es también el del mismo número en la ley ecuatoriana, declara que son aplicables al pagaré en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza de este documento, las disposiciones relativas a la letra de cambio que se refieren a los conflictos de leyes.

Al citarse en el Reglamento Uniforme los artículos que en tal virtud serían aplicables extensivamente al pagaré, se incluían en su integridad los que formaban el capítulo de los conflictos de leyes. Es decir, los artículos 74-76. No había duda alguna por consiguiente en cuanto a que las tres reglas de derecho internacional privado del Reglamento Uniforme sobre las letras de cambio, podrían ser aplicadas al pagaré. No sucede lo mismo, en cambio, ateniéndose a la publicación oficial de la ley ecuatoriana en la que se suprimió el guión indicador de la continuidad de los artículos y se le sustituyó por la letra "Y" como conjunción copulativa. Quedando en consecuencia como aplicables al pagaré solamente los artículos 74 y 76. Aparentemente pues, se eliminaba el artículo 75 relativo a la forma.

Estando a la historia fidedigna sobre el establecimiento de la ley en el Ecuador, cabe suponer sin embargo que aquella alteración fué solamente producto de un error tipográfico. Tal fué también el parecer de la Academia de Abogados de Quito. (64) No habría razón para la supresión del artículo que la equivocación anotada significaría. Tampoco aparece el que por alguna inexplicable justificación, esa hubiera sido la mente del legislador. Por el contrario, la alteración referida ha sido desechada como opuesta a la voluntad del legislador de adoptar el articulado en su totalidad. Sin exclusión de ninguna de las reglas de conflicto.

6.—*La capacidad en el tratado de Derecho Internacional privado suscrito entre el Ecuador y Colombia.*—Finalizaremos esta revisión mencionando simplemente a manera ilustrativa, la existencia del Tratado de Derecho Internacional Privado celebrado entre el Ecuador y Colombia el 18 de junio de 1903. En el artículo II de dicho Tratado se conviene en que:

"El estado y la capacidad jurídica de las personas se juzga-

(64) La discusión del punto aparece en (1935) 23 Rev. For. (Ec.) 200 et seq.

rán por su ley nacional, aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en el otro país" (65).

El artículo I expresa que:

"Los naturales de los dos países contratantes gozarán respectivamente de los mismos derechos civiles que los nacionales".

D.—EL SALVADOR

Sumario: 1. Los artículos 14 y 15 del Código Civil de El Salvador y sus fundamentos.—2. El Código Bustamante y las reservas con que fué suscrito y ratificado por la República de El Salvador. Su significación y consecuencias.

1.—*Los artículos 14 y 15 del Código Civil de El Salvador y sus fundamentos.*—Los artículos 14 y 15 del Código Civil de la República de El Salvador, reproducen textualmente los artículos 13 y 14 del Código Civil chileno, que fué el modelo de aquél. (66) Esas disposiciones han sido las mantenidas por la legislación salvadoreña a lo largo del tiempo y son las que se encuentran actualmente es vigencia. Los fundamentos sobre los que la doctrina las ha hecho reposar, son los mismos que ya conocemos. Especialmente el criterio acentuado de la soberanía nacional, que no puede permitir en su territorio la aplicación de las leyes extranjeras. (67) Criterio que sin embargo, evolucionando, ha dado paso al de la permisibilidad en la aceptación de estatuto personal del extranjero. Sosteniéndose que el silencio de la ley al respecto y la consagración de la ley personal para regir el estado y la capacidad jurídica del salvadoreño, exigen la consagración absoluta del estatuto personal del extranjero en El Salvador. (68) Lo reducido de la Bibliografía disponible, nos inhibe de extendernos en mayores comentarios sobre la orientación y posición actual de la doctrina y jurisprudencia salvadoreñas.

2.—*El Código Bustamante y las reservas con que fué suscrito y ratificado por la República de El Salvador.*—*Su significación y consecuencias.*—El Salvador suscribió el Código Bustamante votado en la Habana en 1928, y lo ratificó con fecha 13 de

(65) Su texto puede verse en (1920) 6 An. Dip. y Cons. (Col.) 442. El canje respectivo del Tratado concluido entre ambos países se efectuó el 31 de julio de 1907. Referencias al Tratado se encuentran en los Informes del Ministerio de Relaciones Exteriores de Colombia de 1904. (1914) 4 An. Dipl. y Cons. (Col.) 870 y (1918) 5 An. Dipl. y Cons. (Col.) 63.

(66) Castro Ramírez 77.

(67) 1 Lazo y Bonilla 39.

(68) Castro Ramírez 83.

noviembre de 1931. (69) Tanto al suscribirlo como al ratificarlo, fueron formuladas reservas de importancia que restan valor a la aprobación del Código de Derecho Internacional Privado. Esas reservas indican por otra parte el arraigo del principio territorial en el sistema salvadoreño de derecho internacional privado.

En la primera de las reservas del instrumento de ratificación se expone que:

"With respect to the incapacities to which aliens may be subjected in accordance with their personal law for disposing by will, for entering into contracts, for appearing in court, and for engaging in commerce or participating in commercial transactions or contracts, the reservation is made that said incapacities will not be acknowledged in Salvador in cases where the transactions or contracts in question have been executed in Salvadore without contravention of the Salvadore an law and to take effect within its national territory". (70).

Por la reserva cuarta, la República de El Salvador no renuncia a su potestad legislativa para dictar en lo futuro leyes o disposiciones sobre las materias de derecho internacional privado que contiene el Código Bustamante. Finalmente, en la reserva quinta se estima que la Convención es un cuerpo de doctrina jurídica de gran valor en jurisprudencia, pero que carece de la eficacia suficiente hasta el momento actual, para prevalecer sobre los términos de la ley salvadoreña en todo aquello que ese cuerpo de doctrina las contrarie o modifique.

En consecuencia pues, las leyes de El Salvador prevalecerán en cualquier caso en el que exista contradicción con las reglas del Código Bustamante o aún simplemente, cuando la doctrina del Código las pretenda restringir en alguna forma.

E.—COSTA RICA

Sumario: 1. La fórmula adoptada en el artículo 3 del Código Civil de Costa Rica y su vinculación fundamental con la del sistema chileno.

(69) El decreto de promulgación aparece en D. O. 10.VI.1931. Cf. Bustamante, Manual 654.

(70) I. Conf. Am. Statés. La Habana, 1928. Final Act. 86. Conf. I. A., La Habana, 1928. Diario 410 aparece el texto de la misma reserva trascrita que se interpuso al firmar la Convención el 13 de febrero de 1928. Cf. D — No. 2 de este capítulo, sobre la reserva de El Salvador en materia de capacidad, y su interpretación.

no.—2. La ratificación del Código Bustamante. Invariabilidad de la norma sobre capacidad del Código Civil.—3. El Código de Comercio y las reglas sobre conflicto de leyes. Ausencia de la referente a la capacidad.

1.—*La fórmula adoptada en el artículo 3 del Código Civil de Costa Rica y su vinculación fundamental con la del sistema chileno.*—Bajo distinta fórmula que la que integra la legislación de Chile, Colombia, Ecuador y El Salvador, la ley civil de Costa Rica atiende sin embargo al mismo principio. El Código Civil de 26 de abril de 1886, decretado de acuerdo con la ley de 19 de abril de 1885 y en vigencia desde el 1.º de enero de 1888, lo delinea en su artículo 30 (71). Prescribe que las leyes de la República concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los costarricenses para todo acto jurídico o contrato que debe tener su ejecución en Costa Rica, cualquiera que sea el país donde se ejecute o celebre el acto o contrato; y obligan también a los extranjeros, respecto de los actos que se ejecuten o contratos que se celebren y hayan de ejecutarse en Costa Rica (72).

Este país ha adoptado pues la ley nacional. Pero prescribe, al igual que aquellos que siguen la orientación del Código chileno, que los extranjeros están gobernados por las leyes de Costa Rica cuando actúen en el país o cuando sus contratos son hechos y van a ser cumplidos en Costa Rica (73). Fuera de aquellos casos, debe entenderse que la capacidad de los extranjeros seguirá sometida a su ley nacional.

La redacción de la parte final del artículo habla de los contratos que se celebren y que, al mismo tiempo, hayan de ejecutarse en Costa Rica. De donde se tiene que la mera ejecución del contrato celebrado por un extranjero fuera del país, no implicará el sometimiento de la capacidad del extranjero a la ley costarricense. Será necesario que concurren ambas, celebración, y ejecución. De otra manera, será la ley personal del no nacional la que gobierne. Esta interpretación corresponde, por otra parte, con toda justeza, a la del artículo 15 del Código Civil chileno.

2.—*La ratificación del Código Bustamante. Invariabilidad de la norma sobre capacidad del Código Civil.*—La República de Costa Rica ratificó el Código Bustamante con fecha 27

(71) Brenes Córdoba A. Historia del derecho (Ed. 2, 1929) 383 — 4.

(72) Art. 3; Cas., 24.I.1890; 12.VII.1893; 3.VIII.1897.

(73) Brenes Córdoba 35-6.

de febrero de 1930 (74). En el artículo único del instrumento de ratificación se renovaban las reservas consignadas por la Delegación de Costa Rica, entendiéndose que ellas comprendían no sólo la legislación vigente, sino la que pudiera dictarse en el futuro.

Al suscribir Costa Rica el Código de Derecho Internacional Privado de una manera global el 13 de febrero de 1928, lo hizo con la reserva expresa de todo cuanto pudiera estar en contradicción con la legislación costarricense. En la declaración de la Delegación de Costa Rica, suscrita conjuntamente con la de Colombia, se expresaba la esperanza de que:

"Very soo there wil disappear from the A merican legislations all traces of theories (more political than legal) favored by Europe in order to preserve here jurisdiction over her nationals, who have established themselves, in these free lands of America, and they hope that the legislations of the Continent will be unified in accordance with the principles that subject alien inmigrants to the unrestricted force of the local laws. With the hope, therefore, that very soon the doctrine of the domicile will be the one to regulate in America the civil status and capacity of persons,....." (75).

De acuerdo con las reservas puntualizadas y con la letra del artículo 7.º del Código Bustamante, el principio de derecho internacional privado que gobierna el estado y la capacidad de las personas según la ley civil de Costa Rica, no ha sido alterado.

3.—*El Código de Comercio y las reglas sobre conflicto de leyes. Ausencia de la referente a la capacidad.*— El Código de Comercio de Costa Rica, adoptado en 1851, no contenía disposiciones sobre conflicto de leyes en materia cambiaria.

Al ser derogados y sustituidos por la Ley de Cambio de 25 de noviembre de 1902, los artículos 373 a 518, se incluyó una sección que trata de las normas de derecho internacional privado aplicables. Comprende los artículos 159, 160 y 161.

Ninguno de ellos sin embargo se refiere a la capacidad, que queda por lo tanto gobernada por la regla de la capacidad civil general. Esto lo confirma y garantiza el artículo 161 al decir que:

(74) El decreto de promulgación aparece en la Gaceta 15.XI. 1929. Cf. Bustamante, Manual 654.

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

“En cuanto no se reglamente en esta sección respecto de conflictos de legislaciones, relativas a letras de cambio, se estará a lo que disponen las leyes civiles de la República”.

F.—PANAMA

Sumario: 1. El principio territorial en la legislación panameña y las fuentes oficiales.—2. Panamá y su adhesión sin reservas al Código Bustamante.—3. La regla a que está sometida la capacidad cambiaria conforme al Código de Comercio. Su vigencia a pesar de la aprobación de la ley sobre instrumentos negociables.

1.—*El principio territorial en la legislación panameña y las fuentes oficiales.*—La legislación panameña en lo que respecta a las reglas de derecho internacional privado que deben regir el estado y la capacidad de las personas, responde al mismo criterio de los países con sistema mixto. El Código Civil de Panamá, que empezó a regir el 1.º de julio de 1917 (76) incluyó en su texto el dispositivo del artículo 1.º por el cual:

“La ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros, residentes o transeúntes en el territorio de la República; y una vez promulgada, la ignorancia de ella no sirve de excusa” (77).

El Código en cambio no contenía disposición expresa sobre la ley aplicable al estado civil y capacidad legal de las personas. Este vacío del Código panameño fué llenado por la Ley 43 del 13 de marzo de 1925 sobre reformas civiles (78), que introdujo el artículo 9.º del Código Civil español bajo el número 5, letra a. Con él se tomó literalmente el texto de su modelo al establecer que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad de las personas, obligan a los panameños aunque residan en países extranjeros.

La ley civil panameña no prescribe pues la ley aplicable a la capacidad de los extranjeros. Debería suponerse entonces que, de acuerdo con la doctrina y práctica española, es la ley nacional la que, por reciprocidad, también gobierna a los extranjeros en Panamá. Tal como acontece en Cuba y Venezuela que tienen adoptada la fórmula española. Sin embargo, el Código Civil de Panamá no sigue a su fuente tan extensamente. Se limita a aplicar la ley panameña a los panameños ausentes del territorio nacional. Sometiendo a los extranjeros a la ley de Panamá.

(76) Sancionado por la Ley 2 del 22 de agosto de 1916. Leyes (Pan., 1916-7) 4.

(77) Esp. — C. Civ., art. 2.

(78) Su texto completo puede verse en Leyes (Pan., 1924-5) 254.

Esa fué a no dudarle la mente y el espíritu del legislador. En la Exposición de Motivos del Código Civil de 1916, se habla del imperio territorial absoluto de la ley (79). Y explícate en ella que:

"Conservando la tradición chilena y colombiana, la Comisión ha sentado el principio de que la ley obliga tanto a los nacionales como a los extranjeros—domiciliados o transeúntes—que se hallen en la República". La posición de Panamá está entonces al lado de la mera residencia como determinadora de la capacidad y estado del extranjero en Panamá. Pero se diferenciará sustancialmente de la tradición chileno-colombiana, en la mayor amplitud que en el Código Civil de Panamá alcanza la ley nacional sobre los panameños. A ello conducen los términos amplios del artículo 9.º del Código Civil español, por contraposición a los limitados de los artículos 15 del Código Civil Chileno, 19 del Código Civil colombiano y 14 del Código Civil ecuatoriano, en esencia los mismos.

La ley civil panameña no establece restricción alguna sobre cómo y cuándo ella operará para con los panameños residentes en el extranjero. El estatuto personal de los panameños permanecerá contraído a la ley patria en todo caso, aún cuando los actos por ellos practicados en el extranjero no hayan de tener su efecto en Panamá. Esta disposición es equivalente a la del Código Civil de Honduras de 1906, que sigue en cambio el principio de la ley nacional.

La documentación oficial traduce también la vigencia del principio territorial en Panamá. Así por ejemplo, la declaración de la Delegación de la República de Panamá al emitir su voto en favor del Código de Derecho Internacional Privado suscrito en la Sexta Conferencia Panamericana de La Habana de 1928 (80). Manifestaba la Delegación explicando su posición, ciertas dudas:

"With reference to the meaning and scope of some of the provisions contained in the Project, particularly as regards the application of the national law to foreigners residing in the country, as this would have given rise to a real conflict, because in the Republic of Panama ever since its establishment as an

(79) Alfaro, R. J., Exposición de motivos de los Códigos Civil y Judicial de la República de Panamá (1917) 1. En los "Anales de la Comisión Codificadora" que hemos tenido a la vista, no se registra discusión alguna sobre esta materia.

(80) 1. Conf. Am. States, La Habana, 1928. Final Act. 88.

independent nation, the system of the territorial law has been in force". Explicando a continuación los benéficos efectos que para contrarrestar esa posibilidad tenía el artículo 7.º del Código Bustamante, agregaba que:

"As in the case of all other States subscribing and ratifying the Convention Panama, therefore, will be at full liberty to apply its own law, which is the territorial law".

2.—*Panamá y su adhesión sin reservas al Código Bustamante.*—Panamá, lo hemos mencionado, se encuentra adherido al Código Bustamante votado en La Habana el 13 de febrero de 1928. Le prestó su aprobación por Ley 15 del 26 de noviembre de 1928 (81). Aún cuando en el acto de emitir su voto afirmativo en favor del Código, la Delegación de Panamá manifestó que oportunamente, en caso de haber lugar a ello, presentaría la reserva que estimare del caso, sin embargo, la ratificación del mismo se hizo sin ninguna reserva (82). A semejanza de Cuba, Ecuador, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Perú, que igualmente lo ratificaron sin reservas. El depósito de ratificaciones y el registro respectivo, es de fecha 26 de octubre de 1928.

Según lo afirmó la Delegación de Panamá en la declaración a que nos referimos en el número anterior, al tratar del posible conflicto sobre la ley aplicable en Panamá a los extranjeros residentes en el país:

"All the difficulties which could possibly arise in this delicate matter have been foreseen and wisely obviated by Article 7 of the Project, in accordance with which each contracting State shall apply as personal law that of the domicile or that of the nationality, or that which its domestic legislation may have prescribed or may hereafter prescribe".

En consecuencia, la adhesión de Panamá al Código Bustamante, no ha alterado en absoluto la consideración que del "status" y capacidad de los extranjeros hace su legislación interna.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha declarado ya, por otra parte, en Sentencia del 21 de mayo de 1931 (83), que siendo el Código de Derecho Internacional Privado el resultado de un

(81) Publicada en G. O. 17.XI.1929. Cf. Bustamante, *Manual* 654. Aparece también en *Leyes* (Pan., 1928) 47.

(82) Conf. I. Am., La Habana, 1928. *Diario* 209.

(83) 4 Juris. (Pan., 1928-34) 51 § 224.

acuerdo celebrado entre todos los países de América, ninguno de estos tiene facultad para adicionarlo o reformarlo en alguna forma, con prescindencia de los demás países signatarios. En tal virtud considera que no es posible que las disposiciones de una ley especial lo modifiquen o reformen.

Finalmente, otras decisiones de la Corte Suprema de Panamá (84) relativas a sentencias extranjeras, se refieren igualmente a casos de aplicación e interpretación del Código Bustamante. A ellas debemos agregar las que lo declaran inaplicable cuando se trata de regular relaciones jurídicas ocurridas en los Estados Unidos o que envuelven personas de ese país (85).

3.—*La regla a que está sometida la capacidad cambiaria conforma al Código de Comercio. Su vigencia a pesar de la aprobación de la ley sobre instrumentos negociables.*—Panamá incorporó a su legislación comercial el Reglamento de La Haya de 1912. Los artículos 74, 75 y 76 de dicho Reglamento relativos a los conflictos de leyes, pasaron a formar el Capítulo XIII del Código de Comercio de Panamá con los números 912, 913 y 914. Ellos son la reproducción literal y exacta de las disposiciones de la Conferencia de La Haya que oportunamente examinaremos. Panamá cuenta por lo tanto con reglas fundamentales para resolver los conflictos de Derecho Internacional Privado que se susciten por la circulación cambiaria. Esas reglas, como a continuación lo explicamos, están aún vigentes.

Es cierto que el Reglamento de La Haya ha quedado derogado en su mayor parte por la Ley 52 del 13 de marzo de 1917 sobre Instrumentos Negociables (86), por que su artículo 197 declaraba derogadas todas las leyes y disposiciones que se opusieron a ella. Con todo, y no habiendo derogación expresa de la totalidad del Reglamento Uniforme de La Haya, debe considerarse como subsistente lo relativo a los conflictos de leyes. Más aún, por no existir dentro de la ley sobre instrumentos negociables, preceptos que traten puntos de Derecho Internacional Privado. Ahora bien, la misma ley por otra parte, indica en su artículo 196 que los casos no previstos por ella se regirán por las disposiciones vigentes. De esa manera, considerando como vigentes las disposiciones de los artículos 912, 913 y 914 del Código de Co-

(84) *Ibid.* p. 229-30 § 1022, 1024; Auto. 27.II.1934.

(85) *Cf. infra* Cap. VII, No. 6, Código Bustamante, en donde se hace referencia a tales ejecutorias.

(86) El texto oficial de la Ley 52 de 1917 se inserta en *Leyes* (Pan., 1916-7) 197.

mercio sobre conflictos en materia cambiaria, que no han sido derogadas expresamente, no existirá oposición alguna dentro del derecho positivo panameño en lo que a ellas respecta.

De los tres artículos en cuestión, corresponde incluir el texto del 912 que trata de la capacidad. De acuerdo con él:

"La capacidad de una persona para obligarse por letra de cambio se determina por su ley nacional. Si esta ley nacional declara aplicable la ley de otro Estado, esta última es la que se aplica".

"Toda persona incapaz, según la ley indicada en el párrafo precedente, queda, sin embargo, legalmente obligada si se ha comprometido en el territorio de un Estado cuya legislación la considera capaz".

El análisis de esta fórmula se ofrece en otra sección de este trabajo (87).

CAPITULO III

PAISES QUE COMBINAN EL PRINCIPIO DEL DOMICILIO CON EL DE LA NACIONALIDAD

PERU

Sumario: 1. El Código Civil peruano de 1852 y la ausencia de disposición sobre capacidad de las personas.—2. El Congreso de Jurisconsultos de Lima de 1878.—3. El Congreso de Montevideo y la posición peruana.—4. La ley nacional en el artículo 15 del Código de Comercio de 1902.—5. El Código Bustamante. Expresión del punto de vista peruano en la Comisión de Jurisconsultos.—6. Adopción del principio del domicilio por la Comisión Reformadora y su desnaturalización posterior.—7. El artículo 1158 del Código de Procedimiento Civil que reserva jurisdicción exclusiva de las cortes peruanas en ciertas materias.—8. Discriminación sobre la obligatoriedad de la ley a peruanos y extranjeros respectivamente.—9. Discusión sobre la vigencia del artículo 15 del Código de Comercio en relación con el artículo V del Código Civil. Argumentos en pró y en contra.—10. Excepción que sufre la regla del Código Civil en cuanto a los países signatarios de los Tratados de Montevideo. El caso del Perú y Bolivia por la coexistencia del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo.

(87) Cf. *infra*. Cap. VII, en particular el No. 5 del mismo Capítulo.

I.—*El Código Civil peruano de 1852 y la ausencia de disposición sobre capacidad de las personas.*—El Código Civil de 1852 no contenía ninguna regla expresa para regir la capacidad, ni disposición alguna que así lo indicase (1). Se ha pretendido sin embargo sostener que la mente de los codificadores de 1852 fué la de adoptar la ley nacional (2). Como veremos, su inspiración en el Código de Napoleón no llegó en este punto a servir de modelo exacto. Del artículo 3.º de la ley francesa, sólo se incorporaron al Código Civil peruano los dos primeros párrafos que al ser transplantados sufrieron ligeras variantes en su redacción; excluyéndose la tercera parte del artículo citado del Código francés referente a que las leyes concernientes al estado o capacidad de las personas rigen a los franceses aún cuando residan en país extranjero. Esta parte final quedó pues, al parecer, intencionalmente ignorada por el legislador peruano. El mismo fenómeno se produjo en los Códigos Civiles de Bolivia, de 1830 y de Guatemala de 1877 (3).

A base de las dos primeras secciones del artículo 3.º del Código francés, se construyeron los artículos IV y V del Título Preliminar. El primero, que declara que las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los habitantes del Perú; y el segundo, que están sujetos a las leyes de la República los bienes inmuebles cualesquiera que sean la naturaleza y la condición del poseedor (4).

Sabido es que la legislación francesa no determina la ley a la cual debe someterse el estado y la capacidad civil de los extranjeros domiciliados en el país. Omisión que la doctrina y la jurisprudencia han suplido al reconocer que es la ley de sus respectivos países a la que los extranjeros domiciliados en Francia se encuentran sometidos. De la misma manera se ha raciocinado que, observando la existencia de los dos artículos mencionados y en presencia del silencio del Código Civil peruano sobre el particular, la conclusión a la que se tiene que arribar es la de que los extranjeros no estaban sometidos a las leyes peruanas en lo relativo

(1) García Gastañeta 110. Alvarado Garrido 49-50.

(2) Tal por ejemplo: Pacheco, Toribio. Tratado de derecho civil (Lima, 1860) 24:

"Así, las leyes civiles peruanas que reglan el estado y la capacidad civil de los peruanos, son obligatorias para ellos, ya residan en el Perú, ya se hallen en el extranjero".

(3) Cf. *infra*. capítulo IV; II: Bolivia. — V, C: Guatemala.

(4) Calle, J. J., Código Civil del Perú. Anotado (1928), 7 y et seq.

al estado y a la capacidad de las personas (5). Conceptuamos sin embargo que la exclusión de la tercera parte del artículo 3.º del Código Napoleón y la mera existencia de los artículos IV y V, no justifican esa interpretación basada en la influencia de la doctrina francesa. Antes por el contrario, la exclusión de la previsión francesa, descartaría la posibilidad de tal interpretación similar.

La simple previsión sobre la obligatoriedad de las leyes de policía y seguridad para todos los habitantes del Perú o el sometimiento de los bienes inmuebles a la ley peruana, cualesquiera que sean la naturaleza y la condición del poseedor, no bastan para argüir a *contrario sensu* que las leyes que rigen el estado y la capacidad de los extranjeros en el Perú, son las de su nación (6). Esta opinión ha sido certeramente impugnada por algunos comentaristas como forzada y que no reposa en principios de lógica jurídica (7).

Esa es por lo menos la posición teórica que cabe asumir frente a la ausencia de disposición expresada en el derogado código de 1852. Ha sido sin embargo interpretado en la práctica, en diversas oportunidades, tomando como pauta la ley de la nacionalidad.

2.—*El Congreso de Jurisconsultos de Lima de 1878*.—La misma orientación fué recogida por el Congreso de Jurisconsultos de Lima de 1878. Según queda expuesto en la sección correspondiente (8), el Tratado de Derecho Civil votado en esa oportunidad, incorporaba la ley nacional como reguladora del estado y la capacidad jurídica de las personas. El tratado fué aprobado por el Congreso del Perú el 29 de enero de 1879 (9), pero no fué ratificado por los demás estados que lo suscribieron. No puede por lo tanto considerársele como que haya sido parte del derecho positivo peruano. Con todo, es una comprobación de la aceptación que durante aquella época recibió la corriente de la nacionalidad por los jurisconsultos peruanos.

(5) Pradier-Fodéré, *Curso de Derecho Internacional Privado* (Lima, 1877) 174; compartía también esta opinión Morote, M. V., *Tratado de Derecho Internacional Privado* (Lima, 1896) 143.

(6) García Salazar, A., *¿Qué ley debe regir el estado y la capacidad de las personas?* (Lima, 1915) 21 citado por Alvarado Garrido 48.

(7) Alvarado Garrido 49; Núñez Valdivia, M. S., "Los principios del Derecho Internacional Privado y el nuevo Código Civil peruano" Año XI, No. 12 Rev. Univ. Arequipa (Perú) 56.

(8) Véase *infra*, Cap. VII. A.

(9) Aranda, I Congresos 825..

3.—*El Congreso de Montevideo y la posición peruana.*—La participación del Perú en el Congreso de Montevideo de 1888-9 y la aprobación por el Congreso del Perú el 25 de octubre de 1889 del Tratado de Derecho Civil, significó un cambio radical en el criterio existente. La posición del Perú desde entonces, aún cuando no quedara completamente esclarecida y purificada en cuanto a la norma que debía prevalecer en materia de capacidad, recibió con todo un empuje para la consideración más detenida de la ley del domicilio. Del estudio detenido de la regla de Montevideo nos ocupamos en otro lugar de este trabajo (10).

4.—*La ley nacional en el artículo 15 del Código de Comercio de 1902.*—A pesar de la participación del Perú en el Congreso de Montevideo y de la asimilación de sus Tratados dentro de la legislación positiva nacional, se produce una evidente anomalía al promulgarse el Código de Comercio el 15 de febrero de 1902. En el artículo 15 de dicho Código, tomado del artículo del mismo número del Código de Comercio español de 1885, se determina en la primera parte que la capacidad de los extranjeros para contratar se regirá por las leyes de su país (11). La adopción plena de la ley nacional en esta disposición de la ley mercantil, cuya vigencia discutiremos más adelante, se presentaba pues en pugna con el nuevo criterio sancionado por el Tratado de Derecho Civil de Montevideo.

La razón de ser de este artículo, no está tanto en su consideración como principio de Derecho Internacional Privado, cuanto en el valor que se le atribuyó para facilitar el comercio. Así lo explica la Exposición de Motivos del Código de Comercio del Perú, sin detenerse a contemplar su alcance como norma internacional. (12). No se menciona tampoco este dispositivo en absoluto en los dictámenes legislativos, excepto cuando en uno de ellos se precisa como fundamento de la capacidad comercial, la idea de amplia libertad para el ejercicio del comercio (13). En el mismo sentido restringido se pronuncian los comentaristas españoles al tratar este punto (14). En otras palabras, que la presencia del estatu-

(10) Véase *infra* Cap. VII. B.

(11) De la Lama 256: Dentro de los antecedentes que pertenecen a la legislación colonial del Perú, cf. Partida 4a. en 2 Las Siete Partidas 598.

(12) De la Lama 10.

(13) *Id.* 185-247 á 189.

(14) 1 Gay de Montellá 111; Avilés, G., *Derecho Mercantil* (Madrid, 1941) 45; Benito, L., 1 *Manual de derecho mercantil* (Madrid, 1924) 234; 1 Blanco y Constans 409.

to personal encarnado en la ley nacional, para regir la capacidad de los extranjeros fué considerado principalmente en función de la aplicabilidad del derecho extranjero con el fin de favorecer el comercio, equiparando al extranjero con el nacional. Pero sin que al parecer se pensase seriamente en la trascendencia de su incorporación como norma general de Derecho Internacional Privado.

Líneas más adelante nos ocuparemos nuevamente del choque de esta disposición con la instaurada en el artículo V, del Título Preliminar del Código Civil.

5.—*El Código Bustamante. Expresión del punto de vista peruano en la Comisión de Jurisconsultos.*—El Perú tiene suscrito también el Código Bustamante, que fué aprobado sin reserva alguna por el Congreso según resolución legislativa No. 6442 de 31 de diciembre de 1928 (15). Pero al no pronunciarse el Código sobre la ley que debe gobernar la capacidad, la posición peruana quedó inalterable. Ya que, tal como lo exponemos en otro lugar de este trabajo (16), el Código de Derecho Internacional votado en La Habana, deja en libertad a cada Estado para aplicar como ley personal la del domicilio o la de la nacionalidad, de acuerdo con el sistema adoptado por su legislación interior o que adoptara en el futuro. El punto de vista peruano estuvo representado durante las discusiones previas que tuvieron lugar en Río de Janeiro en 1927 por la Comisión Internacional de Jurisconsultos Americanos, por el delegado Dr. Víctor M. Maúrtua, quién, aún cuando propugnó medidas de conciliación se mostró partidario del sistema del domicilio (17). Más adelante nos referimos a la situación peruana provocada por la adopción y vigencia simultánea del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo.

6.—*Adopción del principio de domicilio por la Comisión Reformadora y su desnaturalización posterior.*—En las discusiones de la Comisión Reformadora, encargada de revisar el Código del año 1852, la opinión de la mayoría estuvo en favor de la in-

(15) El decreto de promulgación se publicó en El Peruano 24.I.1929. El depósito de ratificaciones tuvo lugar el 19 de agosto de 1929, sin reservas. Cf. Bustamante Manual 654. Perú, Memoria que presenta al Congreso Ordinario de 1928 el Dr. Pedro José Rada y Gámio 49 contiene una sinopsis del Código Bustamante.

(16) Véase infra Cap. VII. D.

(17) 3 Com. I. Jurisconsultos Am., Río, 1927, 159. Maúrtua, V. M., Páginas Diplomáticas I. La codificación americana del Derecho Internacional (Lima, 1940) 243.

clusión de la ley del domicilio para regir el estado y la capacidad civil de las personas (18). Fué igualmente favorable a su adopción la mayoría de las respuestas a las consultas que sobre este punto fueron hechas por la Comisión y absueltas por magistrados y miembros del foro nacional (19). La fórmula que originalmente se aprobó en la primera discusión, fué casi exactamente la del Tratado de Derecho Civil de Montevideo con el agregado de la palabra "estado", pues aquel sólo habla de capacidad (20). Y se impuso así este principio por sobre el de la nacionalidad que había sido presentado en el proyecto primitivo por uno de sus miembros. La norma adoptada sufriría más adelante, sin embargo, una desnaturalización inexplicable, al ser adicionada por la Comisión Revisora en la forma que tiene actualmente.

La posición del Perú ha cambiado pues desde la dación del nuevo Código Civil promulgado en 1936. El artículo V, del Título preliminar adopta en términos generales la ley del domicilio para regular el estado y la capacidad de las personas; pero declarando que se aplicará la ley peruana cuando se trate de peruanos (21). De esa manera, son únicamente los extranjeros ya sea que están domiciliados en el Perú o en el extranjero, los que quedan sujetos a la ley de su domicilio. Haciéndose terminantemente exclusión de los peruanos, que no quedan así sujetos sino a su ley nacional. Desde la promulgación del Código Civil hasta la fecha, la aplicación del artículo V no ha causado todavía ninguna ejecutoria suprema.

(18) 1 Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano (1928) 104 et seq.

(19) Consultas de la Comisión Reformadora del Código Civil y respuestas que han recibido (1926) Punto II, 13, 35, 56, 60, 67, 72, 114. El Dr. C. García Gastañeta en Memorandum enviado a la Comisión Reformadora para la adopción de los principios del Código Bustamante, recomendaba también el que se adoptase como ley personal la del domicilio de acuerdo con el artículo 7.º de dicho Código. Y explicaba:

"Al adoptar el Código Bustamante como norma general para resolver los conflictos de leyes, sobre la base de la ley del domicilio, no hay, por lo demás, el peligro de hacer concesiones demasiado liberales a favor de las legislaciones de los Estados no contratantes. En la mayoría de los casos el sistema conduce efectivamente a la aplicación de la propia ley del tribunal juzgador, dada la estrecha relación que existe entre el domicilio y la competencia del Tribunal".

8 Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano 102-3.

(20) Id. 1 Actas 107;

"El estado y la capacidad de las personas se rigen por las leyes de su domicilio".

(21) Como fuentes del § 1 del artículo V, pueden citarse: Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo, art. 1; de § III. Fr. — C. Civ., art. 3; y como la de § II. Esp. — C. Civ., art. 9.

Debido a esta particular posición del Perú, es que la Delegación peruana que asistió a las sesiones de revisión de los Tratados de Montevideo (1939-40) declaró en una reserva al texto del Tratado de Derecho Civil Internacional, que las provisiones respecto al estado y capacidad deberían ser entendidas como no afectando las provisiones de la ley peruana aplicable a los peruanos (22). La fórmula del Código Civil peruano de 1936, representa indiscutiblemente una antinomia jurídica al pretender coordinar el sistema del domicilio con el de la nacionalidad. La ley personal debe necesariamente ser determinada mediante uno de los dos sistemas.

Pero no puede fundamentarse la inconsecuencia de la ley, contraria a la finalidad misma de las normas de conflicto, al señalar criterios diferentes para regir la capacidad de nacionales y extranjeros. El ejemplo de la legislación peruana ha trascendido ya, encontrando acogida en el Proyecto de la Comisión Codificadora Nacional de Bolivia (23).

7.—*El artículo 1158 del Código de Procedimientos Civiles que reserva jurisdicción exclusiva de las cortes peruanas en ciertas materias.*—Ya anteriormente y en este mismo sentido, el Código de Procedimientos Civiles de 1912, al tratar de la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero, había reservado mediante su artículo 1158 a la exclusiva jurisdicción de las cortes peruanas todas las cuestiones que afectaran la condición civil, capacidad, o relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados en el Perú. Este artículo debe ser considerado como el antecedente legislativo inmediato del artículo V, del Título Preliminar del Código Civil de 1936 (24). El artículo establece pues una norma de excepción en la que el domicilio opera para darle exclusiva competencia a los tribunales peruanos. Se trata entonces de competencia judicial y no legislativa. Y será en virtud de esa competencia que los tribunales peruanos aplicarán la ley peruana a los extranjeros domiciliados (25). Estas afirmaciones aparecen también claramente del texto de la Exposición de

(22) Congreso de Montevideo (1939) 197-8.

(23) Cf. Cap. IV; II. E, No. 3.

(24) Concuérdese con el artículo 1160 del Código de Procedimientos Civiles que trata de las materias cuyo conocimiento corresponde a los tribunales peruanos.

(25) García Gastañeta 111.

Motivos en su parte pertinente (26). Ahora bien, cuando en los litigantes a los que se refiere la sentencia extranjera, falten las calidades de peruanos o extranjeros residentes en el país, para encontrarse sometidos a la jurisdicción nacional, dicha sentencia tendrá fuerza legal en la República. Siempre que, naturalmente, la sentencia expedida no afecte la moral ni el orden público nacional y que no se encuentre descalificada por ninguna de las restricciones contenidas en el artículo 1159 del Código de Procedimientos Civiles (27).

8.—*Discriminación sobre la obligatoriedad de la ley a peruanos y extranjeros respectivamente.*—La norma del Código Civil peruano, tiene desde luego carácter obligatorio en cuanto se refiere a los peruanos. Es decir, que ella se aplicará en todos los casos sin que sea posible discriminar en forma alguna acerca del lugar de residencia de los nacionales peruanos. Esto se obtiene en virtud de carácter imperativo (28) de la ley nacional con la que el legislador ha querido proteger a los ciudadanos peruanos. También será la ley peruana la que se aplique cuando se trate de extranjeros domiciliados en el Perú. Pero en este caso es en virtud del principio del domicilio al que se hallan sometidos; razón por la cual caen dentro de la ley peruana.

La decisión sobre la capacidad de los extranjeros no domiciliados, está en cambio excluida de la esfera de aplicación de la ley peruana. Por aplicación de la misma ley del domicilio, será el lugar en donde ellos lo tengan constituido la que se aplique. De esa manera el juez peruano tendrá que referirse a la ley ex-

(26) "Las leyes relativas al estado civil y a la capacidad personal de los ciudadanos, ejercen su imperio sobre ellos donde quiera que residan. Tales son las que determinan la calidad del ciudadano, los años de la pubertad y de la mayor edad, la capacidad o incapacidad de los menores para ciertas funciones, los requisitos y formalidades para la emancipación, la edad en que se puede contraer matrimonio, la necesidad del consentimiento de los padres para contraerlo, los impedimentos que lo hacen nulo.

"Pasa lo mismo con las leyes que norman las relaciones de familia, que afectan la constitución social del Estado, y que no pueden ser violadas ni olvidadas sin graves trastornos. Tales, por ejemplo, las concernientes a la paternidad, filiación, disolución del matrimonio y divorcio.

"Obsérvese que este artículo comprende las resoluciones que estatuyen sobre las materias arriba indicadas. Aun cuando no sea el objeto final de la sentencia extranjera resolver acerca del estado civil, de la capacidad personal o de las relaciones de familia de peruanos o de extranjeros domiciliados, no podrá ser declarada con fuerza en la República si, para llegar a la conclusión, plantea y resuelve previamente, determina, estatuye respecto de alguno de esos puntos".

Exposición de motivos del Código de Procedimientos Civiles formulada por el Comité de Reforma Procesal (1912) 338.

(27) En este sentido se pronuncia en caso de divorcio la ejecutoria suprema del 4 de octubre de 1935. (1935) 31 An. J. (Perú) 257-8.

(28) Cornejo, A. G., 1 Código Civil (Lima, 1937) 50 § 49.

tranjera pertinente en cada caso, para resolver dicha capacidad. Pero si el derecho extranjero, por ejemplo, declarara la aplicación de la ley peruana, sería ésta la aplicable en el caso de que los tribunales peruanos aceptasen tal remisión. El caso puede darse con relativa frecuencia, cuando el principio mantenido por el derecho extranjero que se consulta, sea también el del domicilio. En tal caso sólo restará establecer si el extranjero puede o no considerarse como establecido en el territorio nacional (29).

Es el mismo derecho nacional entonces, el que, con respecto a los extranjeros domiciliados se impone esa limitación. Naturalmente que para la decisión respectiva de someter el litigio a la ley extranjera, debe existir como requisito previo el de la competencia en la materia de que se trata de los tribunales nacionales a los cuales se ha sometido el caso. Tal como acontece en lo referente a cuestiones de divorcio o nulidad de matrimonio (30) bienes raíces (31) obligaciones y contratos (32). Existe pues, lógicamente, una cuestión previa de jurisdicción.

9.—*Discusión sobre la vigencia del artículo 15 del Código*

(29) Id. 50, Cornejo pone de manifiesto que la referencia a la ley del domicilio, se entiende como incluyendo las normas de conflicto de la ley del lugar del domicilio.

(30) Así por ejemplo, los tribunales nacionales se han declarado competentes en sucesivas oportunidades para conocer de toda acción referente a divorcio o nulidad de matrimonio de extranjeros domiciliados en el Perú. Ej., 2. VII. 1929, 25 An. J. 78-9; Ej., II. VII. 1932, 2 Rev. T. 189; Ej., 6. XII. 1933, 3 Rev. T. 457; Ej., 6. IX. 1934, 4 Rev. T. 419-20.

(31) Es unánime también el reconocimiento de la jurisdicción nacional para decidir en todo lo relativo a bienes raíces situados en el territorio nacional. Ya sea tratándose de las relaciones de derecho de carácter real de que son susceptibles o de cuestiones sucesorias en las que debe decidirse sobre dichos bienes. Ej., 26. VII. 1875, 2 An. J. 272 et seq.; Ej., 22. IV. 1879, 3 An. J. 242 et seq.; Ej., 26. IV. 1913, 9 An. J. 65 et seq.; Ej., 27. V. 1913, 9 An. J. 97. Consistente con esta posición, los tribunales nacionales han declarado a su vez ser incompetentes para conocer de bienes raíces radicados en el extranjero. Ej., 4. XII. 1871, 1 An. J. 236-7; Ej., 2. V. 1931, 1 Rev. T. 17 et seq.

(32) Igualmente se ha decidido por la jurisprudencia la competencia de los tribunales nacionales en materia de obligaciones y contratos, cuando se trate de los celebrados en el país aun cuando exista la cláusula de sumisión de la controversia a un tribunal extranjero: Ej., 6. XI. 1925, 21 An. J. 123-45; Ej., 13. VIII. 1932, 28 An. J. 135 y 2 Rev. T. 255 et seq.; o cuando se trata de contratos celebrados en el extranjero sobre prestación de servicios dentro del territorio nacional, aun cuando se hubiese estipulado lo contrario: E., 4. X. 1912, 8 An. J. 153 et seq.; o cuando en general la obligación haya de surtir sus efectos en el Perú aunque haya sido perfeccionada en el extranjero o se trate de que el demandante es una compañía que ejerce el comercio en el Perú y el demandado reside en la República en forma transitoria; Ejs., 2. X. 1923, 19 An. J. 119 y 124; pero en cambio, los jueces peruanos carecen de jurisdicción y es fundada la excepción de incompetencia deducida por el extranjero, cuando no está domiciliado y reside en el extranjero, aun cuando al contrato se haya celebrado en el Perú, y sin que se haya estipulado expresamente el sometimiento a los tribunales del Perú; Ejs., 17. VIII. 1871, 1 An. J. 114; 27. X. 1872 I An. J. 329.

de Comercio en relación con el artículo V del Código Civil. Argumentos en pró y en contra.—Hemos expuesto ya en sus lineamientos generales, el carácter del artículo 15 del Código de Comercio y los fundamentos sobre los cuales se le hizo reposar (38). La oposición previamente anotada entre lo dispuesto por este artículo y el principio entronizado en la Convención de Montevideo, persiste y aún se agudiza con la reciente disposición del Código Civil que acabamos de examinar. Cualquiera que sea la interpretación que a la regla del Código de Comercio se le atribuya, el hecho cierto es el de la incompatibilidad dentro del sistema peruano de Derecho Internacional Privado, entre esa regla de la ley mercantil y la ley civil. La revisión de esa oposición por eso, importa la decisión sobre la vigencia o derogación del artículo 15 del Código de Comercio. O sea, de si el artículo V del nuevo Código Civil ha operado o no una sustitución en los términos de aquél.

La cuestión reviste manifiesta importancia. De su análisis depende la solución de numerosas y diversas situaciones de orden práctico y legal que han de presentarse en este campo. Sin dejar de reconocer las dificultades propias del problema y que resaltarán por sí mismas en el curso de este estudio, vamos a tratar de analizar los argumentos que pueden presentarse en favor y en contra de la vigencia de la regla implantada en el artículo 15 del Código de Comercio, y de su derogación por la del artículo V del Código Civil respectivamente.

A. Los argumentos que permitirían suponer que el artículo 15 está en vigencia, son los siguientes:

1) Aún cuando de acuerdo con los postulados de la hermenéutica jurídica podría argumentarse diciendo que una ley posterior deroga la anterior, en este caso se trata principalmente de una ley general opuesta a una ley especial. El Código de Comercio es una ley especial que prima sobre la general. En cuyo caso sabemos que la segunda no puede modificar a la primera. Por otra parte, de acuerdo con el sistema legislativo peruano, ninguna ley se deroga sino por otra ley a tenor de lo dispuesto en el artículo I del Título Preliminar del Código Civil. Lo que significa la necesidad de una derogación expresa. Y en este caso, la ley civil no la contiene.

2) El artículo 15 del Código de Comercio contiene una norma específica: reglamenta la capacidad de contratar del extran-

(33) Véase *supra* No. 4 de este capítulo.

jero comerciante, mientras que el Código Civil reglamenta la capacidad del extranjero en los actos de derecho común. La ley nacional en este caso, funciona solamente con respecto a la capacidad del extranjero que ingresa al Perú teniendo la calidad de comerciante; y no al extranjero no comerciante que después de cierto tiempo de residencia decide dedicarse al comercio o al extranjero no comerciante que accidentalmente ejecuta actos de comercio.

3) El artículo 1823 del Código Civil dispone que:

“Los disposiciones del Código de Comercio y otros Códigos especiales no se considerarán derogadas por las de éste, sino cuando expresamente se haga referencia a materias comprendidas en dichos Códigos y que estén en oposición a ellas”.

Y desde que el Código de Comercio legisla sobre la capacidad del extranjero comerciante y el Código Civil la del extranjero en derecho común, no habría la necesaria correspondencia de materias requeridas por el artículo 1823 del Código Civil para entenderse derogado el artículo 15 del Código de Comercio en este punto. De la misma manera, por regir el artículo 15 del Código de Comercio y el artículo V del Código Civil en materias diferentes, no se presenta la oposición que el artículo 1823 del Código Civil requiere que exista entre ellas.

4) Aún en el caso de que no se considerara la norma del artículo 15 del Código de Comercio como exclusivamente aplicable al extranjero comerciante, habría que tomarla como rigiendo en general la capacidad comercial (34). No existiría entonces duplicidad alguna entre la ley mercantil y la ley civil, ya que es perfectamente permisible el que la capacidad comercial sea sometida a un régimen distinto del que gobierna la capacidad civil. Y no es necesario que el Código de Comercio se refiera expresamente a que el tipo de capacidad de que trata es la comercial, puesto que el artículo en debate trata de la capacidad del extranjero como presupuesto para el ejercicio del comercio. Encontrándose aún más el artículo 15, bajo la sección que se ocupa de los comerciantes y de los actos de comercio.

B. Los argumentos que permitirían suponer que el artículo 15 está derogado, pueden determinarse de esta manera:

1) El fundamento histórico del artículo 15 del Código de Comercio: No podría decirse que la intención del legislador fuera la de constreñir la regla a la capacidad comercial, desde que no

(34) Núñez Valdivia, *op. cit. supra* n. 11. participa de esta opinión.

se encuentra referencia expresa a ello en parte alguna de la ley mercantil peruana (35). Y aún por el contrario, en la Exposición de Motivos al Código de Comercio se expresa que el Código reconoce a todos los extranjeros sin distinción, la facultad de ejercer el comercio con sujeción a las leyes de su patria en lo que se refiera a su capacidad civil para contratar (36). Esta es la historia fidedigna del artículo 15. Lo que se le quizo reconocer al extranjero fué su capacidad civil. A falta de disposición en el Código de 1852, entonces en vigencia, quedaba sujeta a su ley nacional para poder comerciar en el Perú. Puede afirmarse entonces que la interferencia producida por esta disposición en el sistema peruano de Derecho Internacional Privado fué únicamente producto de la copia casi textual del artículo español, o en todo caso, de la idea exclusiva de subsanar para beneficio del comercio extranjero, el vacío del Código Civil de 1852. Sin que sea admisible razonar acerca de ella, como tratándose de una división de la capacidad contractual.

2) El Código Civil en su artículo V ha venido a sentar un nuevo principio sobre la capacidad civil de los extranjeros en el Perú. Y siendo esta una ley posterior que incluye un principio de carácter general, supeditará incontrovertiblemente cualquiera otra de la misma naturaleza. Pero a mayor abundamiento, previendo la posibilidad de estas incompatibilidades, el artículo 1823 del Código Civil establece de manera categórica que:

"Las disposiciones del Código de Comercio y otros Códigos especiales no se considerarán derogadas por las de éste, sino cuando expresamente se haga referencia a las materias comprendidas en dichos Códigos y que están en oposición a ellas".

Siendo así que en el presente caso el Código Civil hace referencia a idéntica materia comprendida en el Código de Comercio y que la de éste se encuentra en abierta y franca oposición con la de aquél, no cabe sino concluir que el artículo 15 de la ley comercial ha quedado derogado por el artículo V de la ley civil. La jurisprudencia parece también encaminada en el sentido de que no es necesaria la derogatoria expresa de una disposición para determinar su abrogación. En tal caso, cesan los efectos de las leyes cuando son reemplazadas por una disposición contra-

(35) Alvarado Garrido, 55 participa de esta opinión y combate la expresada por Núñez Valdivia que se muestra partidario de la posición contraria.

(36) De la Lama 11.

ria (37). Aún cuando la sentencia citada se refiere a la oponibilidad de dos leyes especiales sobre impuesto a la herencia, cabe aplicarla extensivamente, por analogía, al conflicto de la ley civil con la mercantil de que se trata.

3) Si se aceptara la coexistencia de ambas reglas, el criterio de uniformidad que en esta materia alienta todas las legislaciones, se encontraría ausente en este punto. Bastaría decir que la presencia de la ley nacional en el Código del Perú, aún cuando fuera como excepción, va directamente contra la mente de los codificadores del Código Civil de 1936. Y es precisamente el antagonismo entre los dos sistemas de la ley personal, lo que hace irreconciliables la ley mercantil y la civil en esta parte.

Muy distinta sería la situación, por ejemplo, si en lugar de la ley nacional, el Código de Comercio hubiera preconizado un principio territorial tal como el de la ley del lugar del contrato. La orientación del pensamiento jurídico peruano pugna contra el artículo 15 del Código de Comercio que resulta contrario a los principios generales en que se sustenta. La notoria oposición entre la ley mercantil y la civil, que consagran dos principios antagónicos para regir la capacidad, es razón bastante para que prevalezca esta última. Y, al aceptar esta amplia interpretación que implica la derogación del artículo 15 del Código de Comercio en su parte pertinente, se obtendría la uniformidad de la legislación peruana de Derecho Internacional Privado.

4) No hay porqué distinguir entre la capacidad de contratar del extranjero comerciante, de la del extranjero que no lo es. Puede distinguirse si se quiere en términos generales entre capacidad civil y capacidad comercial. Debiendo entenderse esta última en todo caso, en función de actos de comercio practicados aún por los extranjeros no comerciantes. Pero no es sin embargo a ella, como se ha visto, a la que el Código de Comercio se refiere, sino a la capacidad general de contratar. Y ésta se encuentra actualmente gobernada por el artículo V del Código Civil.

Conclusión: Del examen realizado se obtiene a nuestro parecer la conveniencia y la procedencia de la derogación del artículo 15 del Código de Comercio en la parte que trata de la capacidad de los extranjeros para contratar. Aún cuando hasta el presente no existe jurisprudencia alguna sobre este punto, nos inclinamos a suponer sin embargo, con fundadas razones, que los tribunales peruanos se pronunciarán en ese sentido cuando la

(37) Ej., 9.IX.1936, 6 Rev. T. 310.

controversia judicial se presente. Corresponde también a la Comisión Reformadora del Código de Comercio creada por Resolución Suprema del 12 de julio de 1941, considerar oportunamente el caso planteado (38).

10.—*Excepción que sufre la regla del Código Civil en cuanto a los países signatarios de los Tratados de Montevideo. El caso de Perú y Bolivia por la coexistencia del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo.*—La regla del Código Civil de 1936, cuenta con una visible excepción. Puesto que la disposición en referencia, que se encuentra actualmente en vigor, no es ni puede ser aplicable a los peruanos domiciliados en Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay y Uruguay, respectivamente, suscritores del Tratado de Derecho Civil de Montevideo de 1889, que tiene aún fuerza obligatoria para el Perú. Esta situación como fácilmente se comprende, no ha podido ser considerada ni desechada por el nuevo Código Civil, constituyendo así una excepción a la regla de la nacionalidad aplicable a los peruanos que dicho Código introdujo (39).

Con relación a la coexistencia del Código Bustamante y de los Tratados de Montevideo como parte de la Legislación convencional peruana, no se presenta problema alguno. Tampoco pues en lo que respecta a los principios sobre capacidad. De los países mencionados en el párrafo anterior, con quienes el Perú se mantiene ligado por los acuerdos de Montevideo, solamente Bolivia ha ratificado el Código Bustamante. Podría pensarse entonces en la existencia de una situación insoluble entre ambos países. Sin embargo, debido a que las reservas con que Bolivia suscribió el Código de La Habana son de tal extensión que lo hacen prácticamente inoperante, esa situación no se presenta en la solución de problemas de carácter internacional entre las dos Repúblicas. Las reservas formuladas se referían tanto a los artículos que se hallan en desacuerdo con la legislación del país, como a los Tratados Internacionales suscritos en Bolivia (40).

(38) La comisión Reformadora del Código de Comercio fué creada originalmente por la Ley No. 6606 de 16 de marzo de 1929 sin que llegara a elegirse el personal ni votarse la partida presupuestal ordenada. Posteriormente, por Decreto Supremo No. 193-A de 20 de octubre de 1936, se nombró una Comisión encargada de estudiar dicha reforma, la que no pudo llenar su cometido.

(39) De la misma opinión, Alvarado Garrido 61-2.

(40) El artículo 1.º del Instrumento de Ratificación dice:

"Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado, "Bustamante", firmado en la Sexta Conferencia Internacional reunida en La Habana en 1928, con las reservas formuladas por la Delegación boliviana, respecto a los artículos que se hallen en desacuerdo con la legislación del país y los Tratados Internacionales suscritos por Bolivia".

2 Colección de tratados vigentes de la República de Bolivia (1940) 412.

Esa es también la interpretación acordada por la jurisprudencia peruana. Así aparece por ejemplo de lo resuelto por la Corte Suprema en ejecutoria del 7 de diciembre de 1935, dictada en la causa seguida sobre cumplimiento de contrato de venta de una acción hereditaria dentro de un procedimiento sucesorio (41). Se expresaba la inaplicabilidad del Código entre el Perú y Bolivia, debido a las reservas con que había sido ratificado. Decidiéndose que la legislación internacional que corresponde tener presente es la aceptada por los dos países y que en este caso viene a ser la del Congreso de Montevideo, por ser ley del Estado tanto en el Perú como en Bolivia.

Entre estas dos Repúblicas subsisten por lo tanto los Tratados de Montevideo, a los que se deberá recurrir inicialmente para definir los conflictos de Derecho Internacional Privado que se presenten entre ambas. Con todo, puede y debe asignársele al Código Bustamante un carácter supletorio. Puesto que, a pesar de su limitada proyección, la ausencia de disposiciones en los Tratados de Montevideo podría y puede motivar su aplicación bajo ese carácter y en determinados casos.

Como se ve pues, no existe desacuerdo o interposición alguna entre las normas de Derecho Internacional Privado de orden convencional mantenidas por el Perú.

(41) C. S., 7.XII.1938, 31 An. J. 309. La sentencia que se cita aparece publicada también en la colección; 2 Tratados, convenciones y acuerdos vigentes entre el Perú y otros Estados (Lima, 1936) 516; y en 6 Rev. T. 13. Estaban en discusión bienes situados en ambos países pertenecientes a la sucesión del ciudadano peruano Manuel González fallecido en Bolivia. Se declaró, siguiendo lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado de Montevideo, la aplicación de la ley de situación de los bienes en su distribución o adjudicación hereditaria.

CAPITULO IV

PAISES QUE ADOPTAN EL SISTEMA DE LA LEY NACIONAL

I.—A. Cuba. B.—Honduras. C.—Nicaragua. D.—Venezuela.

II.—E. Bolivia. F.—Haití. G.—República Dominicana.

I.—Cuba, Honduras, Nicaragua y Venezuela

A.—CUBA

Sumario: 1. El principio fundamental sobre la capacidad en la legislación de Cuba.—2. Las limitaciones en la aplicación del artículo 9.º del Código Civil.—3. La ley aplicable a la capacidad de los extranjeros y la jurisprudencia cubana.—4. La capacidad para contratar según el artículo 15 del Código de Comercio de Cuba y la ley nacional.—5. La remisión de la capacidad cambiaria a los principios generales de la ley civil.—6. Cuba y el Código Bustamante.—7. Las reglas de conflicto de leyes en el Proyecto Bustamante y en el Proyecto Cueto.

I.—*El principio fundamental sobre la capacidad en la legislación de Cuba.*—El principio fundamental sobre la capacidad, en la legislación de Cuba, es el del artículo 9.º del Código Civil y de él hay que partir para la elaboración de la materia correspondiente. Según sus términos, las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los cubanos aunque residan en país extranjero.

La primera observación que sus términos provocan, es la de que solamente menciona a los cubanos, excluyendo toda referencia a los extranjeros para la aplicación de la regla. Omite pues toda mención a las leyes aplicables en Cuba con respecto a los extranjeros en lo pertinente a la capacidad. Según Bustamante (1), los motivos que determinaron esa reducción en el Código italiano, del que se tradujo el artículo citado, no tienen fuerza alguna. Considera además, que es ilógico pensar que el legislador no pretendió dictar reglas para los extranjeros, desde que al hablar de los bienes muebles y de las sucesiones en el artículo 10 y de la forma de los actos en el artículo 11, usa términos generales que necesariamente los comprenden. El hecho entonces de que el artículo 9.º sea el único que dentro de las disposiciones de

(1) 1 Bustamante 257; Bustamante, Manual 114.

Derecho Internacional Privado de la ley cubana, no alcanza a los extranjeros, es prueba bastante de que no fué la intención del legislador el excluir a los nacionales de otros países.

Sin embargo, contrariando esta tesis, el Tribunal Supremo de Cuba, en Sentencia del 13 de setiembre de 1923 y que se apoya en la del 28 de marzo de 1905 (2) ha declarado que la potestad propia de todo Estado soberano como emanación que es de la soberanía, para dictar leyes en lo concerniente a los derechos y obligaciones civiles de las personas, sin referencia a la propiedad inmueble, alcanza sólo a regular los de los nacionales donde quiera que residan y los de los extranjeros que residan en el territorio nacional, salvo en lo relativo al estatuto personal de tales extranjeros.

El efecto que la redacción del artículo 9.º pudiera lógicamente tener, desde el punto de vista de su interpretación legal, es el de que los tribunales nacionales amparasen la doctrina del reenvío. La posibilidad de tal situación, doctrinariamente considerada, existe indudablemente al no haber legislado en este punto con respecto a los extranjeros. Posibilidad que no existiría tan franca y abiertamente en el caso contrario, como es fácil apreciarlo. Pero la aplicación de la doctrina del reenvío no fué, en opinión de Bustamante (3) la razón determinante de la redacción adoptada en el artículo 9.º del Código Civil de Cuba. Ya que en los momentos en que ese precepto tomó su forma, la doctrina del reenvío no estaba todavía aplicada ni popularizada. Dicha doctrina, por otra parte, no ha sido tomada en cuenta en ningún caso por los tribunales cubanos.

2.—*Las limitaciones en la aplicación del artículo 9.º del Código Civil.*—La proyección de la regla del artículo 9.º de la ley civil no presenta limitaciones absolutas. Para Bustamante (4), esta disposición se aplica a todas las manifestaciones y consecuencias del estado, la condición y la capacidad. Los tribunales cubanos han de imponerla sin tener en cuenta las disposiciones contrarias del derecho extranjero ni los resultados de su carácter obligatorio material para los cubanos que residan o estén domiciliados en el territorio donde rija. La única excepción que puede contrarrestar la extensión en la aplicabilidad de la re-

(2) Cuba — Sen. 63, J. al Día 1923, Civ., 253; Sen. 23 J. al Día 1905, Civ., 506. Esta última sentencia, que como hemos dicho sirve de base a la de 1923, expresa el punto en el quinto de sus considerandos.

(3) *Loc. cit.*, supra n. 5.

(4) 1 Bustamante 256, Bustamante, Manual 113-4.

gla del artículo 9.º, es la que impongan los pactos internacionales vigentes.

Esa proyección o extensión en la aplicabilidad del artículo 9.º del Código Civil cubano, se refiere únicamente como ya lo hemos dicho, a los cubanos. La ejecutoria del Tribunal Supremo del 31 de enero de 1911 (5), al declarar la improcedencia de un recurso de casación, absuelve la cuestión en forma de *dictum*. (6). Y dice que el artículo 9.º del Código Civil no tiene aplicación directa sino cuando se trata de cubanos, pues se limita a regular la capacidad de éstos cuando residen en territorio extranjero y no la de los extranjeros residentes en Cuba, o realizando actos que deben producir efectos en esta nación.

3.—*La ley aplicable a la capacidad de los extranjeros y la jurisprudencia cubana.*—Al no pronunciarse la ley civil cubana sobre la regla aplicable a la capacidad de los extranjeros que contraten en Cuba, ha dejado lógicamente su decisión a la ley del país al cual ellos pertenezcan. De esta manera, la persona jurídicamente capaz para ejecutar un acto o celebrar un contrato según la ley de su país de origen, conservará en Cuba dicha capacidad. En tal sentido se ha pronunciado unánimemente la jurisprudencia de los tribunales nacionales (7), coincidiendo enteramente con la de España que traza la misma doctrina. Observan los comentaristas españoles que el precepto del artículo del Código Civil es dable extenderlo a los extranjeros en España tanto por deducción lógica como por elemental reciprocidad; supliéndose así el silencio de la ley. Este criterio es común para regir la capacidad civil general como la contractual (8).

Así se encuentra expresado por ejemplo en el primer considerando de la Sentencia del Tribunal Supremo del 3 de mayo de

(5) Cuba — Sen. 8 Juris., T. S. 1911, Civ., 37.

(6) Entendiéndose por tal:

"An opinion expressed by a court upon some question of law which is not necessary to the decision of the case before it".

1 Bouvier's Law Dictionary 863. En su sentido general, "obiter dictum" es la expresión de una consideración doctrinaria o legal que el caso promueve y que no guarda necesariamente relación sustancial con el punto controvertido. Tales manifestaciones aisladas, cualquiera que sea el carácter que ellas revistan, no constituyen precedentes dentro del sistema jurídico norteamericano. 15 C. J. 950 § 344.

(7) Véase el sumario comentado por Laura Betancourt y Agüero en "Jurisprudencia cubana sobre derecho internacional" (1923) 6 An. Soc. Cub. D. I. 97 et seq.

(8) Orue, José Ramón de, Manual de Derecho Internacional Privado español (1928) 241 § 285, 248; Trias de Bes., J. M., Derecho Internacional Privado (Ed. 2, 1940) 66 § 66-7.

1901 (9), al declarar que la mera residencia en país extranjero no afecta el estatuto personal ni sujeta a la persona a la ley del país de su residencia. Aún cuando es cierto que el uso o ejercicio del derecho propio ha de acomodarse a la legislación extraña vigente en el lugar de su uso o ejercicio.

La Audiencia de La Habana, en Sentencia No. 422, del 7 de junio de 1924, ha seguido la corriente expuesta al reconocer que la doctrina que sustenta el artículo 9.º del Código Civil, en relación a la cual han de regir los cubanos su capacidad fuera del territorio nacional, es aplicable a los extranjeros en Cuba por que así se desprende de los términos en que está redactado el artículo 14 del propio Código y por la sanción de la constante jurisprudencia de los tribunales de justicia (10); habiendo declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de España, anterior al Código Civil, entre otras por las sentencias de 6 de noviembre de 1867 (11), 13 de enero de 1885 (12), 12 de mayo de 1885 (13), 24 de mayo de 1886 (14), y 26 de mayo de 1887 (15), que es doctrina de Derecho Internacional Privado que al extranjero le acompaña su estado y capacidad y que deben aplicársele las leyes personales de su país, en tanto que no contradigan los intereses de la nación en que hacen sus reclamaciones. Se considera al mismo tiempo que el estatuto personal, según el Derecho Internacional Privado, rige todo los actos que se refieran en lo civil a la persona del extranjero sujeto a las leyes vigentes en el país de que es súbdito, decidiéndose por él todas las cuestiones de capacidad, aptitud y derechos personales. La jurisprudencia española posterior al Código Civil ha revivido también la doctrina anterior, principalmente en sus sentencias de 29 de mayo de 1894 (16), de 1.º de mayo de 1919 (17), y de 26 de enero de 1928 (18). En todas ellas se deja sentado que la capacidad civil está siempre regida por el estatuto personal que acompaña al extranjero don-

(9) Cuba — Sen. 19, Juris., T. S. 1901 Civ., 480.

(10) El tratadista español, J. M. Trias de Bes, *op. cit.*, *supra* n. 12, ofrece la misma argumentación para la aplicación recíproca de la ley nacional a extranjeros y nacionales cuando dice:

"Porque ésta es la interpretación lógica, relacionando el art. 9 con el 14 de mismo cuerpo legal".

(11) Esp. — Cas., 16 J. Civ. 339-43.

(12) Esp. — Cas., 57 J. Civ. 45 et seq.

(13) Esp. — Cas. 57 J. Civ. 739 et seq.

(14) Esp. — Cas., 59 J. Civ. 949 et seq.

(15) Esp. — Cas., 61 J. Civ. 863 et seq.

(16) Esp. — Cas., 75 J. Civ. 693-8.

(17) Esp. — Cas., 146 J. Civ. 176 et seq.

(18) Esp. — Cas., 180 J. Civ. 660 et seq.

de quiera que se traslade, regulando sus derechos personales.

Será necesario en cualquier circunstancia, probar plenamente la nacionalidad que se alega: tanto para obtener la aplicación de la ley extranjera como para repudiar la de la ley local. Así por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de Cuba, del 30 de enero de 1904 (10) que desestima un recurso de casación, se falla en el sentido de que no existe infracción del artículo 9.º del Código Civil cuando en la sentencia recurrida se declara que no se han justificado los extremos de tener veintiún años el recurrente, ser ciudadano inglés y obtener en su país mayoría de edad a los veintiún años. Al no haberse probado pues plenamente los hechos alegados y especialmente el de ser el recurrente súbdito inglés, no cabía aplicar la legislación vigente en el país de su alegada nacionalidad. Y por el contrario, procedía en este caso la aplicación de la ley local.

Como conclusión a la revisión practicada tenemos, que es la ley de la nacionalidad la que gobierna la capacidad según la legislación cubana. Se aplica a los cubanos en virtud de lo que dispone el artículo 9.º del Código Civil de que las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o el estado, condición y capacidad legal de las personas obligan a los cubanos aunque residan en el extranjero. Ahora bien, por una interpretación semejante de la ley extranjera que el Código no menciona, habrá de entenderse que el estado y la capacidad civil de un extranjero residente en territorio cubano, se regirá por su ley nacional. Consiguientemente, la misma ley comprenderá la regulación de las incapacidades. A esto se refiere el Auto del Tribunal Supremo No. 169, del 13 de setiembre de 1924 al decir que cuando la ley nacional declara la incapacidad, adopta medidas de protección respecto a la persona y bienes del incapacitado y designa las personas que deben suplir esa incapacidad, sus disposiciones obligan al extranjero en territorio cubano (20).

Coincidiendo con la conclusión anterior, encontramos la Resolución del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1904 (21) en un recurso de apelación sobre inscripción de embargo contra bienes de mujer casada extranjera. En dicha resolución, que ratifica ampliando los términos del artículo 9.º del Código Civil, se acuerda que la ley personal de cada individuo es la que debe

(19) Cuba — Sen. 4, Juris. T. S. 1904, Civ. 96.

(20) Rep. Jud. 1925, 352.

(21) Cuba — Res, 15, Juris., T. S., 1904, Civ. 804.

regir todo lo relativo a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas (22).

4.—*La capacidad para contratar según el artículo 15 del Código de Comercio de Cuba y la ley nacional.*—El artículo 15 del Código de Comercio de Cuba, cuya fuente es el artículo 15 del Código de Comercio español de 1885, prescribe que los extranjeros podrán ejercer el comercio en Cuba en lo que se refiere a su capacidad para contratar, con sujeción a las leyes de su país. El ejercicio en este caso, ha de ser entendido como comprendiendo la capacidad para la realización de todos los actos y contratos que dicho ejercicio implica. Así pues, la capacidad de que en él se habla es extensiva no sólo a los requisitos indispensables para ejercer el comercio, sino a toda operación mercantil derivada de ese ejercicio (23).

La disposición del artículo 15 de la ley comercial cubana, contiene una limitación que conviene poner de manifiesto. La ley nacional del extranjero funcionará única y exclusivamente cuando se ventilen cuestiones que atañen a la capacidad personal del comerciante. Así se desprende de los términos restrictivos del artículo 15. De allí que las operaciones mercantiles como tales y todas las condiciones a que ellas están sujetas, se regirán por la ley cubana; mientras que la capacidad personal del extranjero comerciante será verificada de acuerdo con su ley nacional. En tal caso, la capacidad declarada por la ley extranjera primará, aún cuando según la ley cubana el extranjero no disfrutase de ella.

De los dos preceptos que contiene el artículo 15 del Código de Comercio sobre la admisión de los extranjeros en el comercio y sobre la capacidad de ellos para el ejercicio de operaciones mercantiles, sólo nos interesa considerar el segundo (24). Con relación al primer precepto, es la *lex loci actus* la que prevalece.

(22) Comentaristas cubanos tales como por ejemplo: Martínez Escobar, *Letras de cambio, libranzas, cheques, vales y pagarés* (1929) 275; Alemán, *La letra de cambio* (1918) 197-8; Aramburo y Machado, *Elementos de derecho civil* (1927) 28 et seq. se muestran aparentemente partidarios de la ley nacional para regular la capacidad. Todos ellos se refieren muy brevemente al punto en cuestión.

(23) La capacidad mercantil de que trata el artículo 15 se refiere también a las sociedades extranjeras constituidas fuera de Cuba; las que podrán ejercer sus operaciones con sujeción a las leyes de su país de origen. Así se desprende de los mismos términos del artículo que habla conjuntamente de los extranjeros y de las compañías constituidas en el extranjero; como también de la jurisprudencia de los tribunales. Cuba — Sen. 196, 12.XII.1925, J. al Día 1925, Civ., 721. En este trabajo, sin embargo, nos referimos solamente a la capacidad individual.

(24) Cf. Alemán, *I Código de Comercio* (Ed. 2, 1921) 40; Duval y Fleites, *Derecho Mercantil* (Ed. 2, 1937) 47.

Con respecto al segundo, es la *lex patria*. De donde se tiene que resultan aplicables a la vida comercial los principios generales del Derecho Internacional Privado, de la propia suerte y en los mismos términos que tratándose de la legislación civil (25).

Tenemos entonces que una vez admitida la capacidad del extranjero, las subsiguientes relaciones comerciales que por ella nazcan, caerán bajo el imperio de las leyes locales. Sin que con respecto a ellas quepa la intervención de la ley extranjera o se quiera discriminar entre nacionales y extranjeros. Así, pues, con exclusión de lo pertinente a la capacidad, tal como queda delineada de conformidad con el artículo 15 del Código de Comercio, los tribunales cubanos son competentes y de autoridad suficiente para conocer de las antedichas relaciones (26).

En relación con la aplicación de este artículo, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1909 (27), ha declarado que los tribunales cubanos son competentes para conocer de las reclamaciones contraídas en Cuba por extranjeros en favor de cubanos, más aún cuando el demandado tiene bienes en Cuba. La misma sentencia considera que, aún cuando en principio el extranjero no residente no está sujeto a otra jurisdicción que a la absoluta y personal de su patria, sin embargo sí lo está por los hechos jurídicos que, en la esfera de la contratación, realice en el territorio nacional. Puesto que el artículo 15 del Código de Comercio y la jurisprudencia concordante, someten a los extranjeros y sociedades extranjeras a los tribunales nacionales en los actos mercantiles que realicen en el territorio de la nación; excepto cuando se controvierta su capacidad.

Como contraparte y complemento de la sentencia anterior puede citarse la del 15 de mayo de 1916 (28), también del Tribunal Supremo, al fallar que es contrario a la doctrina por él mantenida, el sostener que los tribunales nacionales son competentes para conocer de pleitos por obligaciones contraídas en el extranjero por extranjeros no residentes. Y que no se aplica al ar-

(25) Bustamante, Antonio Sánchez de, *La Autarquía personal* (La Habana, 1914) 233.

(26) Betancourt, Angel C., *Código de Comercio vigente en la República de Cuba* (1917) 26 n. 25 al artículo 15.

(27) Cuba — Sen. 88, J. al Día 1909, Civ., 284. Acorde con la interpretación del artículo 15 dada por el Tribunal Supremo en la sentencia anterior, se pronuncia también la sentencia de la Audiencia de La Habana No. 135, del 11 de febrero de 1932. Rep. Jud., 1933, 34.

(28) Cuba — Sen. 58, J. al Día 1916, Civ., 187.

título 15 del Código de Comercio a los actos mercantiles ejecutados fuera de Cuba.

Repetimos pues, que en todo otro caso que no sea el de la capacidad personal del extranjero en conexión con el ejercicio del comercio o el de las obligaciones contraídas fuera del país, los tribunales nacionales son competentes a tenor de lo dispuesto en el artículo 15 de la ley mercantil (29).

Dicho artículo y la jurisprudencia que lo explica, concuerdan doctrinariamente con el artículo 9.º del Código Civil al sujetar la capacidad personal a la ley nacional; a diferencia de lo que acontece en la legislación peruana dentro de la que existe antagonismo doctrinario entre la regla del artículo 15 del Código de Comercio, idéntica a la cubana y la del artículo V del Título Preliminar del Código Civil. La disposición de la ley mercantil vigente en Cuba a la que nos venimos refiriendo, ha sido reproducida en el artículo 16 del Proyecto de Código de Comercio de la Comisión Nacional Codificadora (30).

5.—*La remisión de la capacidad cambiaria a los principios generales de la ley civil.*—El artículo 443 del Código de Comercio cubano determina expresamente que la letra de cambio se reputará acto mercantil, y todos los derechos y acciones que de ella se originen, sin distinción de personas, se regirán por las disposiciones de este Código. Esto resultaría impracticable de estarse al tenor literal de la ley, en el caso de la capacidad cambiaria desde el ángulo del Derecho Internacional Privado; ya que, a semejanza de lo que acontece en la mayoría de los códigos comerciales latino americanos, el de Cuba no contiene disposición sobre conflicto de leyes. Es entonces la ley civil la llamada a intervenir, desde que, como dice Bustamante (31), basta la capacidad civil general y las reglas de ésta deben y pueden aplicársele.

El texto mismo de la ley mercantil cubana nos remite a ella

(29) El sometimiento de los extranjeros a los tribunales nacionales, lo señala en sus términos generales el artículo 51 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881; vigente en Cuba por R. O. No. 1285 de 25 de setiembre de 1885 y que empezó a regir el 1.º de enero de 1886. Su complemento se encuentra en los artículos 42, 43, 46 y 47 de la ley de Extranjería del 4 de julio de 1870, publicada en G. O. de 21 de agosto de 1870. Los preceptos fundamentales que sobre esta materia traía la Constitución de 1901-35, están incluidos en el artículo 19 de la Constitución del año 1940 que actualmente se encuentra en vigor. Por último, el artículo 27 del Código Civil, modificado, ha sido adaptado a lo preceptuado por el citado artículo de la Carta Política. Al respecto se encuentra también numerosa jurisprudencia, cuya cita no puede comprender esta nota. Consúltase sobre el particular, 3 Bustamante 117 et seq.

(30) 1 B. Leg. Com. Nac. Codif. (Cuba) 33 art. 16.

(31) 2 Bustamante 377 § 1385.

al establecer en su artículo 2.º ese principio. El derecho común rige, según él, a falta de disposición en el Código de Comercio o de inaplicabilidad de los usos del comercio en este caso descartados.

El artículo 50 de la misma ley ratifica este criterio en forma más explícita al referirse a que los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la *capacidad de los contratantes*, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en ella o en leyes especiales, por las reglas generales del derecho común. Con un espíritu de extensión y no de restricción, podemos interpretar para los efectos de nuestra exposición, que la capacidad de que se trata comprende no solamente las reglas de derecho positivo interno, sino también aquellas de Derecho Internacional Privado.

La remisión que desde el punto de vista legal se produce por efecto de ambos artículos, tiene su complemento en el artículo 16 del Código Civil que la permite y recibe, al decir que en las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código (32).

Si la ausencia de reglas de conflicto para la capacidad cambiaria no fuese suficiente para explicar la mecánica operación de los principios de la ley civil sobre ella, la legislación provee pues, como hemos visto, de los resortes necesarios. Esto ha sido confirmado en repetidas oportunidades por la jurisprudencia de los tribunales. Tal por ejemplo en la Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de marzo de 1902 (33), que reconoce implícitamente la posibilidad de acudir al Código Civil cuando no sea posible resolver la cuestión con arreglo a las disposiciones del Código de Comercio. Al declarar el carácter mercantil de la letra de cambio, se ha dicho que las reglas del derecho común lo mismo que los usos del comercio, son aplicables en defecto de disposición contenida en el Código Civil.

Los artículos 2.º y 50 del Código de Comercio vigente a los que acabamos de referirnos, han sido incorporados al Proyecto del Código de Comercio de la Comisión Codificadora bajo los

(32) Martínez Escobar, *op. cit.*, 28.

(33) Cuba — Sen. 9, *Juris.*, T. 8. 1902, Civ. 248. Con el mismo criterio, respaldada en los artículos 2 y 50 del Código de Comercio, la sentencia de la Audiencia de La Habana No. 208, del 31 de marzo de 1926, ha establecido el carácter supletorio de las disposiciones del Código Civil relativas a las obligaciones y contratos. *Rep. Jud.* 1927. 132.

números 2 y 54. El artículo 2.º es la fiel reproducción del mismo número del Código vigente. El artículo 54 en cambio ha sido transformado en su terminología, que guarda sin embargo la idea matriz del artículo 50 del Código de Comercio al decir que las disposiciones sobre obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil, regirán en los negocios de comercio, salvo la preferencia de la legislación mercantil y de los usos del comercio observados en cada plaza (34).

6.—*Cuba y el Código Bustamante*.—Cuba se encuentra adherida al Código Bustamante de 1928. Fué ratificado sin reservas al efectuar el depósito respectivo con fecha 20 de mayo de 1928; siendo así Cuba la primera de las naciones que lo aceptó (35).

La situación legal de Cuba que hemos examinado, en relación con los preceptos que gobiernan la capacidad, no está modificada en forma alguna por el Código de Derecho Internacional Privado. Dado que, como puede verse en la sección correspondiente de este trabajo (36), dicho instrumento no determina la ley personal aplicable. El carácter discrecional de la norma del artículo 7.º del Código Bustamante significa, en el caso de Cuba, que ella mantiene el principio de la ley nacional; sin que por lo tanto exista interferencia alguna al respecto.

7.—*Las reglas de conflicto de leyes en el Proyecto Bustamante y en el Proyecto Cueto*.—Mencionaremos, finalmente, las reglas de conflicto contenidas en dos proyectos cubanos. Nos referimos al de Código Civil redactado por Sánchez de Bustamante, y al de Código de Comercio elaborado por la Comisión Nacional Codificadora y comunmente conocido como el Proyecto Cueto.

El Proyecto de Bustamante en el capítulo destinado a los límites de las leyes en el espacio, se ocupa de la regla directora de la capacidad en el artículo 24. Mantiene en realidad la fórmula del artículo 9.º al decir que las leyes relativas a la nacionalidad y al estado, condición y capacidad de las personas, así como a la constitución, relaciones, derechos y deberes de familia, obligan a los cubanos aunque se trasladen a país extranjero (37). Y en

(34) 1 Bol. Leg. Com. Nac. Codif. (Cuba) 31 y 42.

(35) El decreto de promulgación aparece en la Gaceta Oficial del 10 de noviembre de 1928. Cf. Bustamante, Manual 654.

(36) Véase Cap. VII — D — No. 4.

(37) Bustamante, Proyecto de Código Civil de Cuba (1940) 13, art. 24. La exposición de motivos correspondientes a este artículo puede verse en 1 Bustamante 282 § 455.

el artículo 27 se consolida el sistema al establecerse que se aplicarán a los extranjeros en Cuba, excepto en cuanto a la nacionalidad, las leyes de orden público interno de su domicilio o de su nacionalidad, según el sistema que adopte el Estado a que pertenezcan. Es decir que, será la ley del país del extranjero residente en Cuba la que se aplique para determinar su capacidad legal (38), si el Estado a que pertenezca adopta la ley nacional. Pero será la ley cubana la aplicable al extranjero residente, si el Estado a que pertenezca adopta la ley del domicilio. Este artículo representa una fórmula de conciliación, con la que se procura armonizar los dos principios. Ofrece en cierta forma, una solución al problema; consultándose de modo hábil, como dice Espínola (39) el principio dominante en el país que se tenga que considerar. Tal fué una de las fórmulas propuestas al discutirse el Código Bustamante y que fué descartada al optarse por la redacción definitiva. Fórmula que según Rabel (40) no debería ser despreciada y que ha sido criticada con los argumentos tradicionales de la teoría hostil al reenvío. La fórmula de este Proyecto de Bustamante, fué la que originariamente tuvo ante sí la Comisión de Jurisconsultos de Río de Janeiro como base para sus discusiones. A este artículo, cuyo espíritu conciliatorio reconoció el delegado uruguayo Varela, se le sustituyó por tres fórmulas nuevas presentadas también por Bustamante. De tales nuevas fórmulas triunfó la segunda de ellas que quedó incorporada al Código de Derecho Internacional Privado (41).

Finalmente, el Proyecto Cueto en la parte correspondiente a la letra de cambio, incluye en los artículos 658, 659 y 660, las

(38) Proyecto citado p. 14, su exposición en 1 Bustamante 283 § 457.

(39) 8 Espínola 396.

(40) Rabel 368.

(41) 3 Com. I. Jurisconsultos Am., Río, 1927, 124, 126 y 718 et seq. La crítica de Varela a la fórmula primeramente presentada por Bustamante, era la de que el artículo partía del principio de la nacionalidad aun cuando no se hubiera tratado sino de conciliarlo con el del domicilio. Era una fórmula de acercamiento decía, pero que partía del concepto de la soberanía personal ateniéndose a la nacionalidad. Puesto que, en cualquier país en donde la persona se encontrara, había que referirse al sistema del Estado al que esa persona perteneciera. Por eso Varela se preguntaba al atacar la fórmula:

"Un cubano domiciliado en la República Argentina, ¿cómo está regido? ¿Cuál es su nacionalidad? Cubano. Para saber cuál es la ley que ha de aplicarse, se tendrá en cuenta el sistema, del Derecho Internacional Privado aceptado. Por consiguiente, como el señor Delegado de Cuba acepta el sistema de la nacionalidad, esa persona será regida por la ley cubana".

Op. cit., 127. Cf. infra. cap. VII, Letra D, para la discusión in extenso sobre esta fórmula.

reglas de Derecho Internacional Privado del Reglamento Uniforme de La Haya de 1912.

Tales reglas, que analizaremos en la sección correspondiente (42), han sido reproducidas en su integridad (43).

B.—HONDURAS

Sumario: 1. El sistema de la ley nacional en Honduras en sustitución al de la ley territorial.—2. Las disposiciones del Reglamento Uniforme de La Haya en el Código de Comercio de Honduras.—3. Ratificación sin reservas del Código Bustamante.

1.—*El sistema de la ley nacional en Honduras en sustitución al de la ley territorial.*—Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los hondureños aunque residan en país extranjero; tal es lo que textualmente dispone el artículo 13 del Código Civil de 1906 (44). Disposición similar a la que impera en las legislaciones de Cuba, Nicaragua, Venezuela, Bolivia, Haití y la República Dominicana, para las cuales también es la ley nacional la que gobierna el estado y capacidad de las personas.

No se diferencia tampoco de las legislaciones de este grupo, en la latitud de los términos empleados. Ninguna de ellas, con excepción de Nicaragua, preceptúa la ley que deberá seguirse cuando los tribunales nacionales tengan que determinar sobre la capacidad jurídica de los extranjeros. Pero tal como en esas legislaciones con las cuales se identifica, el silencio de la ley ha sido interpretado como entendiéndose que por reciprocidad al principio mantenido, el estado civil y la capacidad jurídica de los extranjeros en Honduras se rige por su ley nacional (45).

Se ha descartado por lo tanto en el nuevo Código, la aplicación de la ley hondureña para apreciar la capacidad jurídica de los extranjeros. Contrariamente a lo que se desprendía de las provisiones del Código Civil de 1880 (46), que como copia fi-

(42) Véase Cap. VII — C.

(43) 1 B. Leg. Com. Nac. Codif. (Cuba) 144 § XII.

(44) Este Código fué promulgado por el Ejecutivo en uso de la autorización concedida por la Asamblea Nacional Constituyente, según Decreto No. 76 del 22 de enero de 1906.

(45) Alvarado Manzano, Rafael, "Código Civil patrio", (1916) 1 El Foro Hon. 37; Costa, Jerónimo de, "Autoridad extraterritorial de ciertas leyes" (1942) El Foro Hon. 242.

(46) Promulgado el 27 de agosto de 1880. Empezó a regir el 1.º de enero de 1881 por disposición del artículo final sobre la observancia del Código.

dedigna que eran de las del Código Civil chileno, respondían al sistema territorial de dicho Código atenuado por las limitaciones de la ley nacional (47). Esas disposiciones en el Código Civil de 1880, eran las de los artículos 18 y 19. En el informe presentado por la Comisión Codificadora (48) se expresaba al comentar el artículo 18, que en virtud de lo dispuesto por él quedaba expresamente abolido al estatuto personal.

Gracias al cambio operado en la legislación hondureña de Derecho Internacional Privado, es la ley nacional la que ahora gobierna la capacidad de las personas en general. No ya en la forma restringida del Código anterior en el que la ley nacional tenía la calidad de excepción al principio territorial, sino en toda su amplitud. No será necesario pues el que los actos practicados deban tener su efecto en Honduras para que la ley nacional opere sobre la capacidad jurídica de los hondureños.

El artículo 12 del Código Civil de 1906 reproduce el artículo 18 del de 1880 por el cual se declara que la ley es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Según el sistema chileno, al que corresponde este artículo, declarativo de la territorialidad de la ley, se involucra la capacidad de todas las personas que habitaran en el territorio nacional, inclusive los extranjeros. El artículo 19 del Código Civil de 1880, no era sino el complemento a esa regla con el objeto de sujetar también a la ley hondureña a los hondureños residentes en el extranjero.

El valor que actualmente tiene el artículo 12 dentro de la economía del Código Civil de 1906, no es el mismo entonces que el que tenía el artículo 18 del Código Civil de 1880. La obligatoriedad de la ley no comprende el estatuto personal de los extranjeros que queda sometido a su ley nacional. Los extranjeros residentes en Honduras siquiera sea accidentalmente, están sujetos en lo que se respecta a las leyes penales, las de policía y seguridad y a todas las demás que pertenezcan al derecho público (49).

2.—*Las disposiciones del Reglamento Uniforme de La Haya en el Código de Comercio de Honduras.*—El Código de Co-

(47) Véase el Cap. II — A de este trabajo.

(48) Informe del Código Civil presentado por la Comisión Codificadora al Presidente de la República, con fecha 9 de abril de 1879. Inserto en la edición del Código de 1880, p. 7.

(49) Alvarado Manzano, op. cit., 37.

mercio de Honduras de 1940 (50), incorporó en su texto las disposiciones del Reglamento Uniforme de La Haya sobre conflicto de leyes. El artículo 617 (Capítulo XIV) de dicho Código, dispone que la capacidad de una persona para obligarse en virtud de una letra de cambio se determinará por su ley nacional. Y si esta declara ser competente la ley de otro Estado, se aplicará esta última. A continuación estatuye como en el artículo 74 de La Haya que la persona que sería incapaz según la ley indicada en el inciso precedente, quedará sin embargo válidamente obligada si hubiere contraído la obligación en el territorio de un Estado con arreglo a cuya legislación hubiera sido capaz.

Interesa consignar que el artículo 621 del Código de Comercio de Honduras, deja a salvo lo pactado en los tratados internacionales. Descartando toda posibilidad de confusión o falsa interpretación, declara expresamente que las disposiciones del Título respectivo sobre la letra de cambio, no afectarán en forma alguna las reglas o estipulaciones contenidas en los tratados o en convenciones especiales celebrados con otros países. Atendiendo a esta disposición expresa, agregada al capítulo dedicado a los conflictos de leyes, los convenios internacionales prevalecerán en cualquier caso de duda.

3.—*Ratificación sin reservas del Código Bustamante.* — Honduras suscribió y ratificó sin reservas el Código de Derecho Internacional Privado, votado en La Habana en 1928. El depósito del instrumento de ratificación tuvo lugar el 20 de junio de 1930 (51). Además de Honduras, el resto de los países de este grupo, Cuba, Nicaragua y Venezuela, han ratificado también el Código Bustamante. Con excepción de Venezuela, los demás lo han ratificado sin reservas. Los pormenores están indicados al tratar de cada uno de ellos.

C.—NICARAGUA

Sumario: 1. Disposiciones contradictorias en la legislación de Nicaragua.—2. El artículo VI del Código Civil somete la capacidad a la ley del domicilio.—3. El artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles somete la capacidad a la ley nacional. Razones para la prevalencia de esta regla sobre la del Código Civil.—4. La posi-

(50) Se aprobó por Decreto No. 118 del Poder Legislativo su fecha 5 de marzo de 1940. Promulgado por el Ejecutivo con fecha 3 de abril del mismo año. Derogó el Código de Comercio de 1898.

(51) Promulgado por Decreto No. 192 del 4 de abril de 1930. Publicado en la Gaceta del 6 de junio de 1930.

ción de Nicaragua frente al Código Bustamante y su ratificación.
—5. El Código de Comercio incorpora las normas del Reglamento Uniforme de La Haya sobre conflicto de leyes.

1.—*Disposiciones contradictorias en la legislación de Nicaragua.*— Para resolver los conflictos que ocurran en la aplicación de las leyes de diferentes países, el artículo VI del Código Civil de Nicaragua de 1904 (52) establece en la primera de sus reglas, que la capacidad civil de los nicaragüenses se rige por la ley de su domicilio. Esta regla coexiste en la legislación de Nicaragua, con la del artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles de 1906 (53) según la cual el estado y la capacidad jurídica de las personas se juzgarán por su ley nacional aunque se trate de actos ejecutados o de bienes existentes en otro país. Dos principios antagónicos de carácter sustantivo, de cuyo examen se desprenderá la vigencia de uno de ellos. Anotaremos, antes de entrar en materia, que el Código Civil de 1867 (54) consignaba en sus artículos 14 y 15, las disposiciones del Código Civil chileno. Ambos eran la copia exacta de los artículos 13 y 14 de dicho Código (55). Esas reglas fueron totalmente sustituidas por las que acabamos de indicar.

2.—*El artículo VI del Código Civil somete la capacidad a la ley del domicilio.*—Tomemos en primer lugar la disposición del Código Civil. Se refiere exclusivamente a la capacidad civil de los nicaragüenses, sin hacer mención de la ley aplicable a la de los extranjeros (56). Sus antecedentes se encuentran en las Convenciones sobre derecho civil celebradas en Guatemala por el Primer Congreso Jurídico Centroamericano en junio de 1897 (57) y en San Salvador por el Segundo Congreso Jurídico Centroamericano en febrero de 1901 (58). El legislador nicaragüense incorporó al Código Civil la regla admitida en estas Convencio-

(52) Promulgado por decreto del 1.º de Febrero de 1904. Publicado en el número 2148 del Diario Oficial correspondiente al 5 de Febrero de 1904.

(53) Promulgado el 7 de Noviembre de 1905 de acuerdo con los decretos legislativos del 3 de noviembre de 1899 y del 14 de Octubre de 1903. Empezó a regir el 1.º de Enero de 1906.

(54) Promulgado el 25 de enero de 1867. Fué derogado por el de 1904.

(55) Cf. Selva, Buenaventura, Instituciones de derecho civil nicaragüense (Managua, 1883) 27-8.

(56) Nic. — C. Civ., art. VI, inc. 1:

"En cuanto a los conflictos que ocurren en la aplicación de leyes de diferentes países, se observarán las reglas que siguen:

"La capacidad civil de los nicaragüenses se rige por la ley de su domicilio".

(57) Nicaragua ratificó en todas sus partes la Convención sancionada en este Congreso, por Ley de 19 de octubre de 1897. 5 B. J. 1917, 1695.

(58) Véase nota 1 al artículo VI del Código Civil, tercera edición oficial, 1931.

nes por la cual la capacidad civil de los centroamericanos era regida por la ley de su domicilio; limitándola a los nicaragüenses, de la misma manera que en dichas Convenciones había sido limitada a los centroamericanos. El Código Civil recogió pues bajo la base de la doctrina de aquellos Congresos, el principio de que el estatuto personal de los nicaragüenses debería ser regido por la ley del domicilio.

Procediendo analógicamente, debería ser también la ley del domicilio la que controlara el estatuto personal de los extranjeros. Interpretación que ha sido seguida en casos similares por aquellos países cuya ley solamente declara la aplicación de la ley patria al estado y capacidad de los nacionales sin prescribir la aplicable a los extranjeros (59). Pero en este caso de lo que se trata es de establecer la prevalencia de la ley del domicilio o de la ley nacional en el sistema nicaragüense de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, aún haciendo caso omiso del artículo del Código de Procedimientos Civiles, el principio del domicilio para reglar el estatuto personal de los extranjeros, aparecería controvertido por lo dispuesto en la regla 20 del mencionado artículo VI del Código Civil. Regla conforme a la cual el estado civil adquirido por un extranjero conforme a las leyes de su país, será reconocido en Nicaragua.

Es cierto que tal regla habla solamente del estado civil y no de la capacidad del extranjero. Pero eso no obsta para que su aplicación pudiera entenderse como comprendiéndola puesto que la capacidad puede ser tomada como una derivación del estado civil de la persona. El ejercicio de los derechos de que ella es capaz, está por eso íntimamente relacionado con su individualidad jurídica (60). De lo que resultaría que el Código Civil establece la ley del domicilio para determinar el estatuto personal de los nicaragüenses y la ley nacional para determinar el de los extranjeros. Posición que como se comprende no respondería a una juicio política jurídica. La regla 20 del artículo VI, no se compece pues con la primera.

3.—*El artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles somete la capacidad a la ley nacional.*—Veamos ahora la disposición del Código de Procedimientos Civiles. Sin hacer distinción entre nacionales y extranjeros, la regla del artículo 24 cubre el estado y capacidad de las personas en general. Difiere así fun-

(59) Caso de los países que han adoptado el principio de la nacionalidad.

(60) Tal es el concepto universalmente admitido.

damentalmente del criterio de la ley civil, con una norma de mejor construcción y de alcances definidos.

El Código de Procedimientos Civiles fué promulgado con en su sentido territorial absoluto para someter a ella al extran-
equivalentes, podría pensarse en una derogación tácita. Sin embargo, encontramos que el mismo Código de Procedimientos Civiles en su artículo 2142 exceptúa de la derogación las materias tratadas en él y que estén también contenidas en el Código Civil. La Corte Suprema, en su sentencia del 27 de mayo de 1932, al fallar sobre la validez de un testamento, basándose en el artículo 2142, falló que debía prevalecer la ley substantiva aún cuando la de procedimientos hubiera sido emitida con posterioridad (61).

Pero con ser esa la norma general, la actitud en el caso de reglas francamente opuestas es distinta. Tal es el caso de la que debe ser aplicable al estado y capacidad de las personas. La jurisprudencia de los tribunales se ha pronunciado en forma terminante sobre el punto que tratamos. La Corte de Apelaciones de León, en sentencia de 10 de diciembre de 1915, después de revisar la legislación vigente, falló que el estado y la capacidad de los cónyuges extranjeros intervinientes en el juicio y su capacidad para divorciarse, debían regirse por su ley nacional. Declaraba la reforma sufrida por la ley civil como consiguiente a la adopción de la regla que somete a la ley nacional el estado y capacidad de las personas. Regla que como de carácter sustantivo, aunque inserta en el Código Procesal, reformó cualquiera que anteriormente emitida le fuese opuesta (62).

El tribunal en cuestión sustentaba como fundamento de su decisión, la jurisprudencia de la Corte Suprema en su sentencia del 7 de julio de 1914 (63). En dicha sentencia se manifestaba que los tribunales de justicia no pueden derogar las disposiciones legales sino interpretarlas, y si parecieran en pugna, deben armonizarlas, siguiendo el sentido que explícitamente resulte de los términos empleados y la intención del legislador, según lo enseña el § III, artículo XVI del Título Preliminar del Código Civil.

Resulta entonces, de acuerdo con la exposición anterior que sumariza los argumentos en pró y en contra, que es la ley nacio-

(61) 20 B. J. 1932, 8039-40, Considerando IX in fine.

(62) 11 B. J. 1923, 4084, Considerando III.

(63) 2 B. J. 1914, 464, Considerando IV in fine.

nal la que según la legislación de Nicaragua gobierna el estado civil y la capacidad jurídica de las personas, sean nacionales o extranjeros.

4.—*La posición de Nicaragua frente al Código Bustamante y su ratificación.*—La República de Nicaragua ratificó sin reservas el Código Bustamante con fecha 28 de febrero de 1930 (64). Al tiempo de firmar la Convención había expresado que en materias que en ese momento o en lo futuro Nicaragua considerara de algún modo sujetas al Derecho Canónico, no podría aplicar las disposiciones del Código de Derecho Internacional Privado que estuvieran en conflicto con aquél derecho (65). La Delegación de Nicaragua declaró también en esa oportunidad que, a pesar de que algunas disposiciones del Código están en desacuerdo con las de Nicaragua, prefería dejar constancia de ello en vez de puntualizar las reservas del caso, dejando a los poderes públicos el formularlas o reformar hasta donde fuera posible la legislación nacional en los casos de incompatibilidad.

De acuerdo con la conclusión obtenida, será la ley nacional la que en virtud del artículo 7.º del Código Bustamante aplique Nicaragua como ley personal. Ley personal que según el artículo 27 del mismo Código será la que rija la capacidad de las personas individuales, salvo las restricciones establecidas para su ejercicio por este Código o por el derecho local.

5.—*El Código de Comercio incorpora las normas del Reglamento Uniforme de La Haya sobre conflicto de leyes.*—Las disposiciones del Reglamento Uniforme de La Haya aprobado por Nicaragua el 20 de octubre de 1916, fueron incorporadas al Código de Comercio de 1914 (66). Quedaron así incluídas en la legislación comercial nicaragüense, bajo los artículos 673, 674 y 675, las reglas que sobre conflicto de leyes trae dicho Reglamento Uniforme. La primera de tales reglas, incorporada en el artículo 673, trata de la capacidad cambiaria adoptando sin variaciones la fórmula elaborada en La Haya.

Mediante la integración del Código de Comercio con el artículo 74 del Reglamento Uniforme, la capacidad de una persona para obligarse en virtud de una letra de cambio se determinará por su ley nacional. Más si dicha ley nacional declara competente

(64) Promulgado el 18 de junio de 1929. Publicado en La Gaceta del 21 de febrero de 1930.

(65) I. Conf. Am. States, La Habana, 1928. Final Act. 87.

(66) Promulgado el 30 de abril de 1914. Véase la Gaceta No. 248 del 30 de octubre de 1916.

la ley de otro Estado, se aplicará esta última ley. Finalmente, según el mismo precepto la persona que sería incapaz según la ley indicada precedentemente, quedará sin embargo válidamente obligada, si hubiere contraído la obligación en el territorio de un Estado con arreglo a cuya legislación habría sido capaz.

Con ser en principio la ley nacional la que impera en Nicaragua para calificar la capacidad, tanto en la ley civil como en la comercial, veremos al revisar lo preceptuado en el Reglamento Uniforme de La Haya de 1912 (67), origen de la norma de conflicto de la segunda, las diferencias que existen entre una y otra.

D.—VENEZUELA

Sumario: 1. Aceptación tradicional del sistema de la nacionalidad en la legislación venezolana.—2. El artículo 26 del Código Civil como complemento en la aplicación de la ley personal.—3. Aceptación indiscutida de la ley nacional como reguladora de la capacidad personal.—4. La ratificación del Código Bustamante y los efectos del artículo 8.º del Código de Procedimiento Civil vigente.—5. La capacidad cambiaria en el Código de Comercio de Venezuela. Reglas de La Haya.

1.—*Aceptación tradicional del sistema de la nacionalidad en la legislación venezolana.*—Venezuela ha mantenido tradicionalmente en su ley civil, el principio de la ley nacional para regir el estado y la capacidad de los venezolanos residentes en el extranjero. Los sucesivos Códigos Civiles de 19 de mayo de 1896 (artículo 1.º), de 9 de abril de 1904 (artículo 7.º), de 4 de julio de 1916 (artículo 9.º), de 26 de junio de 1922 (artículo 9.º) y de 13 de agosto de 1942 (artículo 9.º), han mantenido invariablemente el mismo principio. La letra de la disposición legal tampoco ha sido objeto de cambio alguno. Conforme a ella, las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas obligan a los venezolanos, aunque residan o tengan su domicilio en país extranjero.

En ninguno de los Códigos citados ha existido por otra parte, regla expresa que señale la ley aplicable al estado y capacidad de los extranjeros en Venezuela. Según veremos más adelante, la interpretación y la práctica se han inclinado a aplicar también, recíprocamente, la ley nacional. El domicilio o la simple residencia, tal como sucede en el Código chileno, no han jugado papel

(67) Véase Cap. VII — C.

ninguno para regular el estado y la capacidad del extranjero en Venezuela.

La autoridad de la ley ha sido sin embargo prevista por el legislador venezolano (68). Pero sin que ella fuera considerada en su sentido territorial absoluto para someter a ella al extranjero inclusive en lo que respecta a su estatuto personal. El antiguo precepto jurídico del imperio de la ley sobre el territorio, extensivo a todos sus habitantes, no ha eliminado pues en Venezuela la aplicación de la ley extranjera para reglar el estado y capacidad de los extranjeros.

Ya en el año 1873, el comentarista Sanojo al referirse a la aplicación de la ley nacional para regir el estado y capacidad de los venezolanos residentes fuera del país, decía que por reciprocidad se debería concluir que a los extranjeros deben aplicarse las leyes de su nación relativas a las mismas materias, aunque residan o tengan su domicilio en Venezuela (69).

Lo que nos hace ver además que, aún con anterioridad al Código Civil de 10 de diciembre de 1880, la legislación venezolana contenía ya idéntico principio al de los códigos antes mencionados. Las normas esenciales de la codificación venezolana que sirvieron de base a su legislación civil desde la promulgación del Código de 1873, fueron las del Código italiano de 1865 que a su vez siguió en parte al Código francés. Desde entonces hasta ahora, los lineamientos generales del sistema venezolano se han mantenido más o menos invariables (70). Otros autores nacionales han corroborado también, posteriormente, la aplicación de la ley nacional del extranjero con las limitaciones impuestas por el orden público interno (71).

Esa limitación impuesta por el orden público o las buenas costumbres, reportará ya sea el denegar la aplicación de la ley personal del extranjero en Venezuela, o el restringirla en lo que

(68) Ven. — C. Com. 1896, art. 6; C. Com. 1904, art. 6; C. Com. 1916, art. 8; C. Com. 1922, art. 8; C. Com. 1942, art. 8. El texto del último de dichos códigos actualmente en vigencia, dice así:

"La autoridad de la ley se extiende a todas las personas nacionales o extranjeras que se encuentren en la República".

A diferencia de los anteriores códigos que uniformemente decían:

"La autoridad de la ley se extiende a todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros".

(69) Sanojo, Luis, *I Instituciones de derecho civil venezolano* (1873) 39.

(70) Véase Bance, J. M., "Informe sobre la influencia del Código Civil francés en Venezuela, desde su promulgación hasta hoy" (1936) *I. B. Acad. Cien. Pol. y Soc. (Ven.)* 73.

(71) Farrera 285, 291; I Marcano Rodríguez 48, 51; Feo, Ramón F., *1 Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil* (1904) 36-7.

ella sea contraria a tales principios. La jurisprudencia de los tribunales venezolanos se ha pronunciado también en el sentido de que no puede invocarse el estatuto personal cuando su aplicación va contra el orden público interno (72).

2.—*El artículo 26 del Código Civil como complemento en la aplicación de la ley personal.*—El principio que gobierna el estado y capacidad de los extranjeros según el sistema venezolano, queda clarificado con los términos precisos del artículo 26 del Código Civil vigente. El artículo establece la igualdad de nacionales y extranjeros en el goce de los derechos civiles. Y declara a continuación, que esto no impide la aplicación de las leyes extranjeras relativas al estado y capacidad de las personas en los casos autorizados por el Derecho Internacional Privado. El mantenimiento de este precepto significa el afianzamiento indiscutible de la aplicación de la ley personal, y es en cierta forma un complemento al artículo 9.º.

En términos semejantes estaban redactados los artículos 17 de los Códigos Civiles de 1896 y 1904 y el artículo 20 del de 1922. La provisión que comentamos fué suprimida en el Código Civil de 1916. Su artículo 20 sólo trata de la igualdad en el goce de los derechos civiles por los extranjeros. Agregando que ellos estaban especialmente sujetos a lo que dispusieran la Constitución y Leyes de la República y a lo estipulado en Tratados Internacionales.

El Código Civil de 1916, al suprimir la segunda parte del artículo 20, transformó el sistema seguido por Venezuela hasta esa fecha. El no consignar esa cláusula permisiva sobre la aplicación de la ley extranjera a las cuestiones de estado y capacidad, equivalía a rechazar la aplicación de la ley personal del extranjero. Refiriéndose a este punto considera por eso Marcano Rodríguez como palpable, el que la derogación del antiguo principio fué contraria a los deberes y conveniencias de la reciprocidad internacional e hizo desde luego negatorio para los venezolanos el derecho de invocar su estatuto personal fuera de la República (73). El Código de 1916 al que nos referimos, mantuvo sin

(72) Ven. — C. F. Cas., Sen., 15.VI.1914. Mem. 1915, 171-3. Véase el interesante artículo del procesalista Luis Loreto en (1943) Cul. Jur. No. 9, 5 et seq. sobre una reciente decisión de la Corte Federal y de Casación que concede valor probatorio a las sentencias extranjeras sobre estado y capacidad, sin necesidad del *exequatur*. Sostiene el autor los peligros de la violación del orden público interno ante la doctrina aceptada por la Corte.

(73) 1 Marcano Rodríguez 49.

embargo la regla del artículo 9.º por la que los venezolanos en en país extranjero continuaban sometidos a su ley nacional en lo concerniente a su estado y capacidad.

La reforma introducida en el Código Civil de 1916, que constituyó un interregno en la trayectoria de la legislación venezolana, fué rechazada en el Código Civil de 1922 al darse cabida nuevamente al principio tradicional. Recobrando así el extranjero el derecho a la aplicación de su estatuto personal por los tribunales venezolanos.

La exposición anterior corrobora entonces la afirmación de que la capacidad de los extranjeros no depende de la ley venezolana. Es en cambio la ley personal, caracterizada por el principio de la nacionalidad, la que determinará su estado civil y capacidad legal en general. Capacidad que puede ser tanto la de contratar como la de casarse, testar o adoptar. Pero será exclusivamente respecto de las leyes concernientes a estas materias, nos dice Farrera (74), que el Código venezolano admita la extraterritorialidad. Marcano Rodríguez (75) afirma por su parte, que son estas leyes de las muy contadas de origen extranjero que pueden aplicar los tribunales nacionales. No encuadra dentro de este estudio el ocuparnos de los alcances del principio territorial en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado. Basta para nuestro objeto con dejar esclarecido lo que concierne a la capacidad.

3.—*Aceptación indiscutida de la ley nacional como reguladora de la capacidad personal.*—El principio de la ley nacional, en la forma en que se encuentra en la ley civil de Venezuela, no ha sido prácticamente sometido a discusión. Dijimos que el principio había sido traspuesto de un Código a otro, sin sufrir alteración alguna. Así por ejemplo vemos cómo en las dos últimas comisiones reformadoras no se hizo hincapié en esta cuestión. En la comisión Revisora de los Códigos nacionales creada por Decreto de 23 de enero de 1930 a fin de introducir las reformas necesarias, no hubo discusión sobre el particular (76). En la Comisión Codificadora Nacional creada por Ley de 6 de julio de 1936, no se hizo tampoco ninguna objeción al respecto; acordán-

(74) Farrera 285.

(75) 1 Marcano Rodríguez 47.

(76) G. O. No. 17024, 23, I. 1930. Boletín de la Comisión Revisora de Códigos Nacionales. Año I.

dose dejar el artículo 9.º como se encontraba en el Código Civil vigente (77).

En las discusiones de la Comisión Internacional de Jurisconsultos de Río de Janeiro de 1927, la Delegación venezolana defendió el principio de la nacionalidad. El delegado venezolano manifestó en esa oportunidad, la diferencia esencial que existía entre la fórmula del delegado uruguayo Varela que propiciaba el sistema del domicilio, y la de la nacionalidad mantenida por Venezuela. Y agrega:

“Nosotros protegemos al venezolano con nuestras leyes, sobre estado y capacidad, más allá de las lindes nacionales; pero no le negamos al extranjero la protección de la suya dentro de nuestro territorio. Le concedemos por reciprocidad ese derecho” (78).

No se le presentaba pues como posición doctrinaria personal, sino como expresión y reflejo del principio adoptado en la ley civil de Venezuela en cuanto al estado y capacidad de las personas. Esta actitud en un debate internacional, representó la reafirmación de la vigencia de la ley nacional en el sistema venezolano de Derecho Internacional Privado (79). La parquedad de la producción jurídica venezolana en este punto, no nos permite un mayor acopio de opiniones sobre el tema.

Finalmente, la jurisprudencia ofrece también algunas muestras que ratifican la validez de las anteriores afirmaciones. Nos referimos principalmente a la sentencia del 21 de febrero de 1921 de la Corte Federal y de Casación que declara sin lugar un recurso por infracción del artículo 9.º del Código Civil. La Corte observa al discutir el caso concreto de autos, que el principio del artículo 9.º del Código Civil es aplicable por analogía en Venezuela en favor del extranjero que lo invoque amparado en la legislación de su país; siempre que se trate de casos que no afecten el orden público interno (80).

4.—*La ratificación del Código Bustamante y los efectos del artículo 8.º del Código de Procedimiento Civil vigente.* — Venezuela suscribió en La Habana en 1928, la Convención de Derecho Internacional Privado que fué aprobada el 23 de diciembre de 1931 (81). Mediante el instrumento de ratificación

(77) Comisión Codificadora Nacional, Boletín. Año. I. No. 1, 21.

(78) 3 Com. I. Jurisconsultos Am., Río, 1927, 149 y 154.

(79) Cabe anotar que Venezuela estuvo representada en el Congreso de Lima de 1878, mantenedor de la ley nacional.

(80) Ven. — Mem. 1922, 163.

(81) Publicado en G. O., 9.IV.1932. 54 Leyes y Decretos 1931, 527 § 17743.

depositado el 11 de mayo de 1932, adoptó el Código de Derecho Internacional Privado anexo a la Convención. En el artículo 20 de dicho instrumento, Venezuela se reservó la aceptación de diversos artículos del Código. Las reservas en la ratificación venezolana no se refieren a los puntos aquí estudiados.

Los Códigos de Procedimiento Civil de Venezuela de 1897 (artículo 11), de 18 de abril de 1904 (artículo 11), de 4 de julio de 1916 (artículo 8.º), de 4 de julio de 1926, (artículo 6.º), y el vigente en su artículo 8.º, han preservado inalterable una disposición por la cual:

“En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado los Jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con la Nación respectiva, en cuanto al punto en cuestión: en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre esta materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprenda de la mente de la legislación patria; y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho, aceptados generalmente”.

La disposición es clara y precisa (82). Puede parecer quien sabe innecesaria al sentar la indiscutible preeminencia de los tratados suscritos, y de dudosa seguridad al hablar de los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados. Aún cuando es cierto que respecto a estos últimos, en virtud del tal principio quedan incorporados de manera formal y expresa al derecho positivo venezolano (83).

En mérito a la regla trascrita, será el Código Bustamante en el caso de Venezuela, al que los jueces ocurran en primer término para resolver las cuestiones que se susciten con los nacionales de los países que lo tienen ratificado. Las reglas del Código, sin embargo, como parte que son de la legislación venezolana, han sido aplicadas también por los tribunales con respecto a países para los cuales el Código no tiene fuerza de ley. Tal es el caso del *exequatur* concedido a sentencias de divorcio procedentes de los Estados Unidos que no lo suscribió y de Méjico que es solamente signatario del Código Bustamante (84). En todos estos casos los fundamentos de las sentencias fueron elaboradas a base de los artículos 53, 54, 55 y 56 del susodicho Código. Especialmente del primero que deja al arbitrio de cada Estado el

(82) Así lo sostiene Ramón F. Feo, *op cit.*, 36.

(83) Farrara 286.

(84) Ven. — C. F. Cas., 28.XI.1940, 1 Mem. 1941, 494; 24.IV.1941, 1 Mem. 1942, 438; 14.XI.1941, 1 Mem. 1942, 493.

reconocer o no los divorcios obtenidos en el extranjero, en casos, con efectos o por causas que no admita su derecho personal.

La prevalencia de los tratados y en este caso del Código Bustamante, en cuanto no haya sido objeto de reservas, es indiscutible. Por su doble carácter de ley y de contrato obligatorio para las partes contratantes, primará por sobre el derecho común. Aún en el caso de que este último, como dice Marcano Rodríguez (85) fuese más favorable al extranjero y se invocase su asistencia. Agrega el mismo autor, que ni las partes tienen la facultad de renunciar al tratado para amparar en el derecho común, ni los jueces el poder de prescindir el primero para aplicar el segundo (86).

A falta de disposición en el Código Bustamante los jueces se remitirán, siguiendo el mentado artículo 8.º del Código Civil, a las leyes locales. Tal será el caso de los conflictos que se provoquen en materias conectadas con la aplicación de la ley personal, sobre la que el artículo 7.º del Código Bustamante no se pronuncia. La capacidad civil general será entonces apreciada conforme a los principios de la legislación civil venezolana. Sin que exista por lo tanto oposición alguna entre el Código de Derecho Internacional Privado, que deja a cada Estado en libertad de aplicar la ley que indique su legislación interior, y el derecho positivo venezolano que será el que prevalezca en este punto.

5.—*La capacidad cambiaria en el Código de Comercio de Venezuela. Reglas de La Haya.*—La capacidad cambiaria está sometida en Venezuela a regla similar, pero independiente de la capacidad civil. El Código de Comercio de Venezuela, promulgado el 29 de junio de 1919, acogió en la Sección XV del Título IX sobre Letra de Cambio, las reglas fundamentales del Reglamento Uniforme de La Haya sobre Conflicto de Leyes. Tales reglas, que desde entonces forman parte de la legislación comercial interna de Venezuela, estaban comprendidas en los artículos 488, 489 y 490. Pero mediante la reforma parcial del Código de Comercio del 17 de agosto de 1942, que suprimió todo lo relativo a las Sociedades Cooperativas, quedó modificada la numeración del articulado de dicho Código (87). En la actualidad, las disposiciones sobre conflicto de leyes corresponden a los

(85) 1. Marcano Rodríguez 50-1.

(86) Al declarar sin lugar un recurso de casación por alegado incumplimiento de la disposición que ordena la aplicación de los tratados públicos, la Corte Federal decidió que para que exista tal infracción es necesario que se denuncie concretamente al artículo transgredido. 29.XI.1916. Mem. 1917, 278.

(87) Véase G. O., 22.IX.1942, No. 19 extraordinario.

artículos 463 y 465 de la Sección XV, Título IX del Código de Comercio.

El artículo 463 expresa que:

“La capacidad de una persona para obligarse por medio de una letra de cambio se determina por la ley nacional. Si esta ley declara competente la de otro Estado, esta última es la que se aplica.

“La persona que sea incapaz, según la regla determinada en el párrafo anterior estará sin embargo, válidamente obligada si lo ha sido con anterioridad en el territorio de un Estado, según cuya legislación era capaz”.

Es pues también la ley nacional la que en principio determina la capacidad cambiaria según la ley comercial venezolana. Reducida en sus alcances por el principio del reenvío y el de la *lex loci contractus* (88).

Los dos artículos restantes se refieren a la forma de las obligaciones y la del protesto y sus términos. No está reglamentado lo que toca a sus efectos.

II.—Bolivia, Haití, República Dominicana

B.—BOLIVIA

Sumario: 1. Entroncamiento de la legislación civil boliviana con la ley francesa.—2. Ausencia de disposición expresa sobre capacidad en el Código Civil de Bolivia.—3. El Proyecto del Código Civil que se prepara, sigue la orientación del Código Civil peruano.—4. La adhesión de Bolivia a los Tratados de Montevideo y al Código Bustamante. Las reservas a este último.

I.—*Entroncamiento de la legislación civil boliviana con la ley francesa.*—Por Decreto del 28 de octubre de 1830, fué promulgado el Código Civil que empezó a regir el 20 de abril de 1831 (89). Este código, puesto en vigor bajo los auspicios del Presidente General Andrés de Santa Cruz, fué calcado sobre el Código de Napoleón de 1804. El proyecto respectivo fué obra de la comisión nombrada a tal efecto así como de la Convención Constituyente de 1826 (90). El Código Civil boliviano es en su

(88) Cf. *infra* Cap. VII, § C, No. 5.

(89) El decreto de promulgación fijaba el 1.º de enero de 1831 con fecha desde la que debería regir. Debido a demora en la impresión del Código se aplazó la fecha hasta el 2 de abril del mismo año. Decreto del 22 de marzo de 1831.

(90) Legal Codes 47.

mayor parte la traducción literal del Código Civil francés, salvo ligeras modificaciones, supresión de cierto número de artículos e introducción de algunos capítulos tomados de la legislación española que fué la vigente hasta la dación del Código Civil de 1830 (91).

A pesar de intentos posteriores como el del año 1858, el Código Civil de 1830 no ha sido sustituido aún y es el que actualmente se encuentra en vigor. Ha sido sólo parcialmente enmendado en diversas oportunidades y adicionado con leyes supletorias sobre materias no contenidas en él. Tales enmiendas y leyes adicionales, que aparecen como anotaciones en diversas ediciones del Código Civil, no son suficientes como para considerar que con el transcurso del tiempo se ha operado una transformación substancial en la legislación civil boliviana. De lo que resulta que la fuente principal a la que habrá que recurrir para interpretar la ley boliviana y suplir sus vacíos, es el Código Civil francés (92).

Bolivia permanece todavía pues, dentro de los marcos clásicos del Código francés cuya influencia se ha atenuado considerablemente en las legislaciones latino-americanas. Junto con Haití y la República Dominicana, forma el grupo de los tres países en los cuales permanece casi inalterable la huella del modelo francés. Sin embargo, en Bolivia se concreta ya el movimiento de reforma.

"Una activa política legislativa vertida en recientes Códigos y Proyectos en espera de ser sancionados, ha sacado a las legislaciones nacionales de sus marcos clásicos, pudiendo afirmarse que las antiguas y comunes instituciones volcadas en América a través de Las Partidas y del Código de Napoleón, han cedido en parte al impulso de modernos institutos o a la concepción de un orden social diverso" (93).

El Primer Congreso Nacional de Facultades de Derecho reunido en Bolivia en 1939 (49), emitió dentro de sus resoluciones la de manifestar al Gobierno la necesidad inaplazable de pro-

(91) Urquidí, José Macedonio, *Lecciones sintéticas de Derecho Internacional Privado* (Cochabamba, 1940) 163; Aspiazú, Agustín, *Diccionario razonado del derecho civil boliviano* (1923) 80, 132.

(92) Véase Cap. I, No. 4.

(93) "Informe de la Comisión Permanente de Juristas Americanos sobre la unificación de las leyes civiles y mercantiles de América" (1942) *Rev. Jur. (Bol.)* Año V, No. XXI, 49. Este informe ha circulado profusamente y se encuentra en diversas publicaciones.

(94) *Rev. Jur. (Bol.)* Año VI, No. XXVI, 24. La resolución que menciona fué votada en la última sesión del 29 de junio de 1939.

ceder a la reforma integral de la Legislación Nacional, encomendándola a las Facultades de Derecho de la República y a los juristas más prestigiosos del país. El Segundo Congreso Nacional de Facultades de Derecho celebrado en 1940, dentro del mismo plano, resolvió constituir una Comisión Compiladora de la Legislación Codificada Boliviana, así como recomendar se tuvieran en cuenta determinadas orientaciones para la facción del nuevo Código Civil boliviano (95).

Finalmente, la Comisión Codificadora Nacional (96) recientemente constituida, ha dado ya a la publicidad parte del trabajo realizado del cual nos ocuparemos más adelante en lo que toca al principio propuesto sobre estado y capacidad de las personas (97).

2.—*Ausencia de disposición expresa sobre capacidad en el Código Civil de Bolivia.*—La ley civil boliviana no reproduce la disposición del parágrafo 3 del artículo 3.º del Código Civil francés sobre el estado y capacidad de las personas. Esta es una de las supresiones importantes introducidas por el legislador boliviano. El vacío del Código al no preceptuar sobre la ley aplicable al estado y capacidad de las personas, deberá ser llenado consecuentemente con la misma doctrina imperante en el Código francés dentro del cual es principio fundamental el del imperio de la ley nacional.

El Código Civil de Bolivia de 1830 sólo tomó de su modelo los dos primeros párrafos que amoldó en sus artículos 3.º y 4.º. Por el primero, los bienes inmuebles, *aunque se posean por extranjeros*, serán regidos por la ley boliviana. Por el segundo, las leyes de policía y de seguridad obligan a todos los que habitan en el territorio.

La inexplicable exclusión de toda norma sobre el estado y la capacidad de las personas, es un fenómeno que se ha producido también en otros códigos. Así sucede por ejemplo con el Código Civil peruano de 1852 y el guatemalteco de 1877. En el caso del Código peruano de 1852 sin embargo, no puede afirmarse tan categóricamente como en el de los demás códigos citados, que la

(95) Rev. Jur. (Bol.) Año VI, 63, 66, 69. No hemos dispuesto de información alguna respecto al Tercer Congreso Nacional de Facultades de Derecho cuya fecha de celebración fué fijada para el 15 de abril de 1944 en la ciudad de La Paz.

(96) Consúltase el Boletín que viene publicando la C. C. N. de Bolivia.

(97) Cf. § E. No. 3, de este capítulo.

mente del legislador fuera la de adoptar la ley nacional (98). El Código peruano no se contrajo tan fielmente como en el caso de Bolivia, a la letra de la ley francesa. Y por lo que toca al de Guatemala, las muestras de la aceptación de la ley nacional son evidentes (99). De los Códigos de Bolivia, Guatemala y el Perú que no sólo no se refirieron a la regla aplicable por lo menos a sus nacionales, sino que omitieron toda referencia a ella, solamente el de Bolivia se encuentra vigente.

3.—*El Proyecto de Código Civil que se prepara, sigue la orientación del Código Civil peruano.*—El Libro Preliminar del Proyecto de la Comisión Codificadora Nacional, considera en los apartados 2 y 3 del artículo 4.º, las leyes aplicables al estatuto personal. Se ha efectuado con ellos la trasposición a la ley boliviana de los términos textuales del artículo V del Título Preliminar del Código Civil peruano de 1936. El estado y capacidad de las personas se rigen por la ley del domicilio, pero se aplicará la ley boliviana cuando se trate de bolivianos. Las mismas leyes regularán los derechos de familia y las relaciones personales de los cónyuges, así como el régimen de los bienes de éstos (100).

La crítica hecha a la fórmula peruana (101), es por lo tanto extensiva al proyecto boliviano. Significa en todo caso con respecto a Bolivia, la aceptación en principio de la ley del domicilio como base de su sistema de derecho internacional privado. Principio que por otra parte Bolivia comparte por ser una de las naciones signatarias del Tratado de Montevideo. De allí que parezca conducente el que en el nuevo Código Civil que se prepara, deba darse cabida a la ley del domicilio, pero sin someterla a excepciones que la doctrina rechaza, y que sólo responden a un exaltado nacionalismo jurídico. En él aparece palpable una contradicción de principios denunciada por Morales Guillén (102) en Bolivia.

No creemos por otra parte que en los actuales momentos de la evolución jurídica continental, en los que la fuerza potencial del principio del domicilio se va abriendo camino en las legislaciones americanas, Bolivia deba atender al principio de la nacionalidad. Aceptar tal principio, como se proponía en el An-

(98) Véase *supra* Perú, Cap. IV, No. 1.

(99) Cf. Cap. VI, § C. No. 2.

(100) Véase Boletín de la Comisión Codificadora Nacional, No. 5, p. 29.

(101) Cf. Cap. I. No. 3, p. 14-16, Cap. IV, p. 11.

(102) Guillén, C. M., "Observaciones al Proyecto de Código Civil" (1943) Rev. Jur. (Bol.) Año V, No. XXIV, 59.

teproyecto presentado por Angel Ossorio y Gallardo (103), sería desaprovechar la oportunidad que la reforma boliviana presenta para contribuir a la unificación del sistema americano (104).

4.—*La adhesión de Bolivia a los Tratados de Montevideo y al Código Bustamante. Las reservas de este último.*—Bolivia se halla adherida a los Tratados de Montevideo firmados el 12 de febrero de 1889 y al Código de Derecho Internacional Privado firmado el 20 de febrero de 1928. Los Tratados de Montevideo fueron aprobados por Bolivia por Ley de 5 de noviembre de 1903 y ratificados según Ley de 25 de febrero de 1904 y tienen plena fuerza de ley en la República (105). El Código de Derecho Internacional Privado fué aprobado por Ley de 20 de enero de 1932. El instrumento de ratificación tiene fecha 5 de febrero de 1932 (106).

La República de Bolivia se encuentra ligada por los Tratados de Montevideo, con Argentina, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay. De estos países, el Perú es el único que también ha ratificado el Código Bustamante. Sin embargo, aún cuando el Perú ratificó sin reservas el Código Bustamante, no hay oposición alguna entre ambos países sobre el cumplimiento y aplicación de dichos acuerdos, debido a las reservas de la ratificación boliviana. El artículo 1.º del instrumento de ratificación dice al respecto:

“Apruébase el Código de Derecho Internacional Privado “Bustamante”, firmado en la Sexta Conferencia Internacional reunida en La Habana, en 1928, con las reservas formuladas por la Delegación boliviana, respecto a los artículos que se hallan en desacuerdo con la legislación del país y los Tratados Internacionales suscritos por Bolivia” (107).

Estas reservas de la ratificación boliviana, anulan prácticamente las disposiciones del Código Bustamante y neutralizan el mismo tiempo la incompatibilidad que a primera vista parece existir para Bolivia y el Perú. En lo que se refiere a los conflictos en materia de capacidad, repetiremos una vez más, que aún cuando no existiera esa supuesta incompatibilidad, será la regla

(103) Ver Boletín citado *supra* n. 100.

(104) Cf. Cap. I, No. 8 p. 45 et seq.

(105) 1 Col. de Tratados (Bol.) 84.

(106) 2 Col. de Tratados (Bol.) 410. Boletín del Ministerio de Relaciones Exteriores, 20 de enero de 1932.

(107) 2 Col. de Tratados (Bol.) 412.

de Montevideo la pertinente en razón de no ofrecer ninguna el Código Bustamante.

F.—HAITI

Sumario: 1. Origen del Código Civil de Haití.—2. Alteraciones sufridas en la ley haitiana con relación al modelo francés al tratar el estatuto personal.—3. El Código Bustamante.

1.—*Origen del Código Civil de Haití.*—El Código Civil de Haití promulgado el 27 de marzo de 1825, empezó a regir el 1.º de mayo de 1826. Con diversas modificaciones y adiciones posteriores, es el mismo que se encuentra actualmente en vigencia. El Código haitiano representa la trasposición del francés con el que se identifica al adoptarlo casi íntegramente. Puede por eso decirse que la ley haitiana no se diferencia sustancialmente de su modelo francés. Se observa sí en la forma una diferente distribución, pues mientras que el Código francés acoge la clásica e inveterada división de Libros y Títulos, el haitiano está dividido en treinta y cinco leyes que fueron aprobadas sucesivamente por las cámaras de Haití (108).

2.—*Alteraciones sufridas en la ley haitiana con relación al modelo francés al tratar el estatuto personal.*—La ley civil de Haití no ha preservado, como sucede en la versión castellana de la ley dominicana, el texto literal del artículo 3.º del Código francés. De él ha conservado los párrafos primero y tercero, que resultan ser los artículos 5.º y 7.º del Código Civil haitiano, habiéndose suprimido el segundo por el que:

“Les immeubles, memme ceux posédés par des étrangers sont régis par la loi française”.

El artículo 5.º del Código francés, dice que:

“Les lois de police et de sûreté sont obligatoires pour tous ceux qui habitent le territoire de la République”.

(108) Jean-Jacques, Thale, 1 Histoire du droit haitien (1933) 269-79. 2 Mejía 157 et seq. Legal Codes 64. Castaños Pérez, León de Jesús. ¿Es adecuado el actual Código Civil al presente estado social y jurídico del pueblo dominicano, o sería conveniente la elaboración de un nuevo Código Civil? (Santiago, 1940) 40.

En el artículo 7.º (109), en cambio, correspondiente al párrafo 3 del artículo 3.º del Código francés, el legislador haitiano alteró visiblemente la redacción, aún cuando conservando en su integridad el precepto fundamental de la ley nacional. Dice:

“Les Haïtiens qui habitent momentanément en pays étranger sont régis par les lois qui concernent l'état et la capacité des personnes en Haïti”.

Conviene anotar que en las ediciones oficiales de Prodine (110) y de Léger (111), se incluyen profusas referencias y concordancias a la doctrina y jurisprudencia francesa. A falta de mayor información, debemos suponer que tanto las explicaciones como la interpretación de la ley francesa, sirven de pauta a los tribunales haitianos. Los jueces de la República de Haití se ceñirán así a las decisiones de las cortes francesas al aplicar la ley nacional a la capacidad de las personas.

3.—*El Código Bustamante*.—El Código Bustamante fué ratificado por Haití, con reservas, el 6 de febrero de 1930 (112). En el instrumento de ratificación se declara dichas reservas que comprenden los artículos 383, 385, 386 y 387 del Código. Dichos artículos, los únicos a que se refiere la reserva haitiana, son los relativos a la fianza de los extranjeros para comparecer en juicio.

La magnitud de esas reservas no afecta realmente la efectividad en la aplicación de los principios del Código Bustamante por la República de Haití.

G.—REPUBLICA DOMINICANA

Sumario: 1. La recepción de las leyes francesas en la República Dominicana.—2. Reproducción del principio francés de la ley nacional en la ley dominicana.—3. La ratificación sin reservas del Código Bustamante y la reafirmación de la ley nacional.

I.—*La recepción de las leyes francesas en la República Dominicana*.—La legislación dominicana presenta un caso no de

(109) Concordancias: Dom. — C. Civ., arts. 16, 17, 155 y 398. C. P. Civ., art. 89 y 892.

(110) Prodine, Linstant, Les codes haïtiens annotés (Port-au-Prince, 1865).

(111) Léger, Abel — Nicolás, Code Civil d'Haïti (1931).

(112) El decreto de promulgación aparece en El Moniteur de 28 de noviembre de 1929.

asimilación sino de mera recepción de las leyes francesas que, modificadas en parte, subsisten hasta la fecha. Por Decreto No. 58 del 4 de julio de 1845, se mandó aplicar los Códigos franceses de la Restauración, con las modificaciones contenidas en la Ley Orgánica de los Tribunales, sancionada también en 1845. Los códigos franceses que se mandaba aplicar en sus propios textos, en lo que no se opusieran ni a la ley fundamental ni a las leyes dominicanas en vigor eran los códigos de 1830 que contenían las últimas reformas. Esta fué una de las primeras medidas legislativas tomadas al producirse la separación de la República Dominicana de la de Haití, en 1844 (113).

La segunda fase importante en el proceso receptivo de las leyes francesas en la República Dominicana, es la de la traducción de los llamados códigos dominicanos de 1884. Por decreto No. 2025 del 4 de julio de 1882, se ordenó la traducción, localización y adecuación de los códigos franceses, obra declarada de necesidad pública. La obra de la codificación propiamente dicha, se inicia con el Decreto No. 2213 del 17 de abril de 1884, que promulga el Código Civil que actualmente rige en su versión española (114).

Las dos etapas indicadas, representan los dos jalones más característicos para la presentación de la ley civil vigente, en la compleja historia jurídica de la República Dominicana. En la estratificación del derecho dominicano, cuyas fuentes son muy diversas como lo revela Gustavo Adolfo Mejía (115), sólo interesa para nuestro estudio la fijación de los dos periodos anteriormente señalados.

2.—*Reproducción del principio francés de la ley nacional en la ley dominicana.*—Las leyes que se refieren al estado y capacidad de las personas, según el Código Civil de la República Dominicana, obligan a todos los dominicanos aunque residan en país extranjero. Tal es lo que dispone el párrafo 3 del artículo 3.º, que corresponde exactamente al párrafo 3 del artículo 3.º del Código Civil francés. Con las ligeras modificaciones de que fué objeto, en la traducción efectuada se guardó el orden del articulado francés.

(113) 2 Mejía 260; Inchaústegui Cabral, J. Marino, Ensayo de derecho civil. Primer curso. (Ciudad Trujillo, 1937) 40; Legal Codes 64; Castaños Pérez, *op. cit.*, 45.

(114) 2 Mejía 270, 274; Inchaústegui, *op. cit.*, 40 y 43; Legal Codes, 64; Castaños Pérez, *op. cit.*, 46.

(115) 2 Mejía 12, 257.

La completa absorción del principio de la ley nacional, en los mismos términos del Código francés, lleva lógicamente a considerar éste como la fuente principal de la legislación dominicana en todo lo que respecta a la aplicación de la ley nacional y a su interpretación jurisprudencial.

En vista de los términos idénticos de las disposiciones dominicana y francesa, no es del caso entrar a considerar cuál de los dos deberá prevalecer en caso de contradicción entre uno y otro. A ese respecto la Corte Suprema ha declarado en sentencia del 10 de marzo de 1909 (116), que la jurisprudencia puede y debe subsanar las deficiencias de que la ley adolece, por que de lo contrario quedaría desvirtuado completamente su objeto y contrariados sus fines, por causa de defectos puramente textuales. La Corte Suprema ha manifestado también en sentencia del 28 de agosto de 1931 (117), que cuando se encuentren en contradicción ambos textos, deberá prevalecer el francés por considerarse que tal contradicción es únicamente producto de una deficiente traducción de la ley francesa. Toda la cuestión girará en cada caso, en confrontar si al hacerse la traducción del artículo respectivo se quiso simplemente trasponerlo o innovar su texto. En este último caso, o sea cuando la mente del legislador fué apartarse de su modelo en forma deliberada, la Corte Suprema ha decidido en sentencia del 17 de noviembre de 1933 (118) que en tal caso no cabe la remisión a la ley francesa por no tratarse de un mero error de traducción de la comisión traductora y concordadora de los códigos franceses.

3.—*La ratificación sin reservas del Código Bustamante y la reafirmación de la ley nacional.*—La República Dominicana ratificó sin reservas el Código Bustamante con fecha 12 de marzo de 1929 (119). Sin embargo, al suscribir la Convención de La Habana en 1928, la delegación de este país formuló diversas reservas. En la primera de ellas expresaba:

"The Delegation of the Dominican Republic desires to maintain the supremacy of its national law in all questions relating to the status and capacity of the Dominicans wherever they may be, and for this reason it cannot accept, except with reservations, those provisions of the project of Code which accord supremacy to the 'law of domicile' or to the local law; all this

(116) 1. B. J. (Dom.) 3.

(117) B. J. (Dom.) No. 253, p. 53.

(118) B. J. (Dom.) No. 280, p. 16.

(119) Publicado en G. O., 2. I. 1928. Cf. Bustamante, Manual 654.

notwithstanding the conciliatory principle set forth in Article 7 of the project and of which Article 53 of the same is an application" (120).

Aún cuando esta reserva no se mantuvo al ratificar el Código de Derecho Internacional Privado, no deja de tener sin embargo el carácter de una reafirmación enfática del predominio de la ley nacional en la legislación de la República Dominicana. La ley personal entonces, que según el artículo 27 del Código Bustamante rige la capacidad de las personas individuales, deberá entenderse como la de la nacionalidad.

MANUEL GARCÍA CALDERÓN K.

(Continuará).

(120) 'I. Conf. Am. States, La Habana, 1928. Final Act. 86; Conf. I. Am., La Habana, 1929. Diario 410.