

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO

I

1. El tema acerca de la aplicación del derecho extranjero que nos ocupará el día de hoy, interesa a la vez al procedimiento civil y al derecho internacional privado. No insistiré más acerca de la importancia de esta materia, ya que en razón del constante incremento de las relaciones internacionales el interés de los problemas ligados a la aplicación del derecho extranjero durante el proceso civil, no deja de aumentar.

2. Se puede constatar, asimismo, que la materia que nos ocupa continúa preocupando a la doctrina en diferentes países. Me limitaré únicamente a citar algunos ejemplos que nos ofrece la literatura jurídica en los últimos tres años.

En Francia, el artículo de G. Bruilland sobre la Convención Europea de 7 de junio de 1968, relativa a la información acerca del Derecho Extranjero.¹

En Austria, el artículo de G. Bolka sobre la injerencia de las partes respecto a la aplicación del derecho internacional privado por el juez.²

En la República Federal de Alemania, el artículo de Gerhard Huther sobre la aplicación del derecho extranjero en la práctica judicial,³ asimismo el artículo de Ernst Cohn acerca de las nuevas reglas de prueba del derecho extranjero en el procedimiento civil inglés.⁴ En los Estados Unidos de Norteamérica, el artículo de R.B. Schlesinger acerca de los efectos producidos por la invocación o la prueba del derecho extranjero aplicable.⁵

Claro está que únicamente se trata de algunos ejemplos.

3. Por mi parte, he destinado varios trabajos al estudio de la aplicación del derecho extranjero, primero en derecho francés y después en derecho comparado.⁶ El último de dichos trabajos es un estudio

¹ Cfr. *Jurisclasseur* 1973, No. 45, Doctrina 2580.

² Cfr. *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* 13 (1972), pp. 241-256.

³ Cfr. *Rabels Zeitschrift* 37 (1973), pp. 660-681.

⁴ *Idem* 38 (1974), pp. 155-167.

⁵ Cfr. *Cornell Law Review*, No. 59 (1973), pp. 1-26.

⁶ Contribution a l'étude de la condition de la loi étrangère en droit inter-

comparativo, bastante detallado, intitulado *The application of foreign law*; este estudio constituye uno de los capítulos de la obra *The International Encyclopedia of Comparative Law*.⁷

No procederé por ahora a un estudio exhaustivo de la materia. Mi objetivo es más modesto: me propongo, ofrecer una visión panorámica de la materia, evocando algunos problemas importantes que presenta la aplicación del derecho extranjero dentro del procedimiento civil.

4. Es indiscutible que la aplicación del derecho extranjero por el juez del foro tiene algunos problemas que le son propios y que aparecen cuando se trata de aplicar la *lex fori*. En primer término, nos encontramos frente a la cuestión del título, del fundamento de la aplicación de normas que emanan de un legislador diferente a aquél al cual el juez se encuentra sometido. Pero sobre todo, existen problemas particulares en el plano del procedimiento y son éstos precisamente los que nos preocupan. Es conveniente señalar, en primer término, que estos problemas de procedimiento se explican totalmente por razones y consideraciones de orden práctico. Nos limitaremos a recordar, sobre este punto, un hecho cuya dimensión es decisiva: el juez no posee el mismo conocimiento oficial y cierto del derecho extranjero, como el que pudiera tener del derecho del foro. Las divergencias que pueden ser constatadas entre el tratamiento procesal de la *lex fori* y del derecho extranjero tienen su fuente y explicación en factores de ese género: se trata esencialmente de posibilidades y necesidades de procedimiento.

En estas condiciones, resulta sorprendente que no se haya dudado en introducir en esta materia de carácter práctico, teorías y explicaciones fundadas sobre ficciones.

Me limitaré a expresar algunas consideraciones acerca de dos de estas teorías: una que se refiere a la aplicación de normas extranjeras, la otra a las particularidades procesales en la aplicación del derecho extranjero.

5. La primera de dichas teorías es la teoría italiana del *rinvio rittizio*, que pretende explicar, mediante ficciones, el fundamento mismo de la aplicación del derecho extranjero.⁸ Esta teoría no pertenece

national privé français", 1958; "Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen internationalen Privatrecht" 1963; "Le traitement du droit étranger dans le procès civil. Etude de droit comparé", en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1968, pp. 233-301; "Die Lehre von tatsachencharakter un die Revisibilität ausländischen Rechts", en la obra: *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrecht*, 1968, pp. 193-213.

⁷ Cfr. Volumen III, capítulo 14, 1968.

⁸ Acerca de esta teoría ver: Zajtay, "L'application du droit étranger: science

por entero al pasado. Es cierto que la misma ha sido criticada y abandonada por la mayoría de los autores. Sin embargo, ha reaparecido de manera sorpresiva en la sentencia de 16 de febrero de 1966 de la Corte de Casación italiana.⁹

¿En qué consiste esta teoría? La misma tiene dos variantes. De acuerdo a la primera, el reenvío realizado por la regla de conflicto de la *lex fori* al derecho extranjero es *ricettizio*, es decir, el reenvío absorbe al derecho extranjero, lo nacionaliza, lo incorpora al sistema de la *lex fori*. De conformidad a la segunda, el reenvío es un *rinvio di produzione giuridica*. En virtud de ambas variantes, el juez nunca aplica en definitiva el derecho extranjero, sino reglas que forman parte de la *lex fori*.

El carácter ficticio de esta teoría es evidente. El reenvío designa el derecho aplicable, pero no puede ni absorber el derecho extranjero, ni producir normas jurídicas en el sistema de la *lex fori*.

6. La segunda teoría, a la que me referiré brevemente, busca explicar problemas particulares en la materia, al afirmar que el derecho extranjero no es más "derecho" sino un elemento de hecho.

A este respecto se impone una distinción.

La regla conforme a la cual, durante el curso del proceso, el derecho extranjero debe ser tratado como una cuestión de hecho, es decir, *pleaded and proved*, invocado y probado, tiene profundas raíces dentro del derecho inglés: regla que parece remontarse a la decisión *Mostyn v. Fabrigas* de 1774, es decir, hace exactamente dos siglos.¹⁰ Sin embargo, en derecho inglés no se trata de una teoría, sino de una cuestión práctica dentro del procedimiento. El derecho extranjero debe ser *pleaded and proved*, como una cuestión de hecho, aunque cabría preguntarse ¿por qué razón? La razón es que ni el juez, ni sobre todo los miembros del *jury* lo conocen. De esta manera, debe ser mostrado ante ellos como una cuestión de hecho.

Por el contrario, en algunos países continentales y específicamente en Francia, se elaboró una verdadera teoría acerca del carácter de hecho del derecho extranjero. El problema ha sido trasladado del procedimiento a la naturaleza del derecho extranjero. Se atribuía al derecho extranjero un carácter de hecho y se consideraba a dicho carác-

et fictions" en *Revue internationale de droit comparé*, 1971, p. 49 y sig., específicamente pp. 50-52 con sus referencias bibliográficas.

⁹ Cfr. *Rivista di diritto internazionale*, 1966, p. 408, *Giurisprudenza italiana*, 1966, I, p. 1402, nota de Cappelletti; ver del mismo autor, *Riv. Dir. Int.* 1966, pp. 299-341, asimismo en: *Scritti in memoria di Antonio Giuffrè*, 1967, II, pp. 145-159.

¹⁰ *Mostyn V. Fabrigas* (1774), I. Comp. 161, 98 E.R. 1021.

ter como la causa que explica las reglas particulares que rigen la aplicación del derecho extranjero. Esto condujo a emplear un razonamiento *idem per idem*. El derecho extranjero, se decía, debe ser probado por las partes, y su interpretación no podría ser efectuada por la Corte de Casación, debido a que el derecho extranjero es únicamente un elemento de hecho. Pero la cuestión de ¿por qué el derecho extranjero es un elemento de hecho?, sólo tenía una respuesta: el derecho extranjero es un elemento de hecho debido a que debe ser probado por las partes y la Corte de Casación no puede interpretarlo .

A partir de 1958, en mis diferentes trabajos he demostrado de manera detallada el error fundamental de esta teoría.¹¹ Permítanme invocar hoy, sólo un argumento. En el momento que el derecho extranjero ha sido designado por la regla de conflicto es aplicable en lugar de la *lex fori*; incluso cuando por razones de orden público el derecho extranjero no pueda ser aplicado, en su lugar se aplica la *lex fori*. Este reemplazo recíproco entre la *lex fori* y el derecho extranjero que ha sido excluido, muestra por sí solo, y con independencia de todo otro argumento, el carácter de hecho del derecho extranjero. En la estructura lógica de la decisión judicial, los elementos de derecho y los elementos de hecho cumplen funciones totalmente diferentes: En consecuencia, si el derecho extranjero fuese un elemento de hecho, no podría substituir ni remplazar a la *lex fori*.

II

7. Si ahora nos apartamos de las teorías y de las ficciones que pretenden explicar los problemas que se suscitan con motivo de la aplicación del derecho extranjero, podemos distinguir dos grandes sectores: el derecho extranjero frente a los jueces de la causa, por un lado, y por el otro el derecho extranjero frente a las cortes de casación o de revisión.

8. El primer sector se refiere particularmente a los problemas relativos a la determinación y a la aplicación de oficio del derecho extranjero.

Una de las cuestiones más discutidas es la relativa a si el juez del foro está obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero designado por su regla de conflicto.

Pensamos que el derecho extranjero es "derecho" como lo es la *lex fori*. Sabemos igualmente que el juez aplica de oficio la regla de derecho: *da mihi factum, dabo tibi jus*, reza la vieja máxima. El juez

¹¹ Ver *supra*, nota N° 6.

aplica sin gran dificultad su regla de derecho, ya que tiene de ella un conocimiento oficial y cierto: *jura novit curia*. Pero, ¿es posible aplicar este principio tratándose de derecho extranjero? ¿Puede pensarse en que el juez conozca todas las normas jurídicas extranjeras que eventualmente pueden ser designadas aplicables por su propia regla de conflicto? La respuesta es, sin lugar a dudas, negativa, ya que el juez del foro no conoce el derecho extranjero de la misma forma que conoce o debe conocer su propio derecho.

Quisiera abrir aquí un paréntesis para recordar una consecuencia del hecho a que acabamos de referirnos. El juez suele sentirse menos seguro cuando trata cuestiones relativas al derecho extranjero, por lo que, con frecuencia, tiende a evitarlo o incluso substituirlo, aplicando en su lugar la *lex fori* cada vez que encuentra la oportunidad. A este fenómeno, Nussbaum lo designa con el término ya clásico de *Heimwärtstreben*, o sea, la tendencia a recurrir a la *lex fori*. Desde 1910, ante la Corte de Casación francesa, el consejero Denis se refería a esta tendencia con gran franqueza; a continuación mostraremos un pasaje de su informe:

... Nos deberíamos felicitar cada vez que la ley extranjera reenvíe... a la ley francesa. Los tribunales franceses deben considerar a la ley francesa como preferible, mejor y más justa, que contiene además una concepción más elevada del derecho. Prefiero que los tribunales franceses, cuando puedan, juzguen mejor de conformidad a la ley francesa que de acuerdo a la ley extranjera, que no conocen. Prefiero a la ley francesa que a la ley extranjera.¹²

Estas palabras expresan de manera precisa la idea del *Heimwärtstreben*.

Pero volvamos a la cuestión de la aplicación de oficio del derecho extranjero. El examen comparativo de esta cuestión muestra que la solución adoptada sobre este punto varía de un derecho a otro. Me limitaré a citar algunos ejemplos:

En el derecho alemán, la jurisprudencia ha deducido del artículo 293 del Código de procedimiento civil (ZPO) la obligación para el juez de aplicar, de oficio, el derecho extranjero.

En lo que respecta al derecho italiano en 1954 Brogini, constata, en relación al punto que tratamos, que el sistema adoptado por la jurisprudencia italiana resulta *tormentato e contraddittorio*.¹³ Sin embargo,

¹² Cass. Req. 1º de marzo de 1910, D.P. 1912, I, 262-264.

¹³ Brogini, "Conoscenza e interpretazione del diritto straniero", en *Annuaire Suisse de droit international* XI (1954), p. 105 y sig. 127.

a partir de la sentencia de 13 de abril de 1959, y sobre todo después de la sentencia de 16 de febrero de 1966, la Corte de Casación italiana¹⁴ parece haber establecido la obligación para el juez de aplicar, de oficio, el derecho extranjero.

La jurisprudencia francesa ha experimentado fluctuaciones en la materia durante el curso de la década 1950-1960. La solución que se desprende, principalmente, de las sentencias *Bisbal* de 1959 y *Chemony* de 1960,¹⁵ de la Corte de Casación francesa, puede ser resumida de la manera siguiente: Los jueces de la causa no tienen la obligación, pero si la facultad, de aplicar de oficio el derecho extranjero designado por la regla de conflicto. Se trata de una solución de transacción, de un compromiso entre postulados opuestos; y consideramos que una solución semejante presenta ciertos inconvenientes.

9. Nos contentaremos con esos ejemplos, para pasar a otra cuestión que se encuentra íntimamente ligada a la aplicación, de oficio o no, del derecho extranjero; se trata de la prueba del derecho extranjero aplicable y aquí nuevamente se presentan problemas interesantes.

Dejaré de lado la discusión acerca de los diferentes medios de prueba y, principalmente, los inconvenientes y ventajas respectivos. En realidad, el valor de los diferentes medios de prueba es relativo en la medida que depende esencialmente de cuestiones formales. De esta manera, a título de ejemplo, la práctica alemana de los *Gutachten*, es decir, de las consultas desahogadas por los institutos científicos, funciona perfectamente, ya que en Alemania Federal se encuentran los institutos Max-Planck, los cuales desarrollan una labor bastante satisfactoria. Pero este tipo de institutos no existe en todas partes.

Dejaré igualmente de lado la cuestión acerca de si, en materia de prueba del derecho extranjero, se puede hablar válidamente de la carga de la prueba, con todas sus consecuencias que prevén las reglas generales del procedimiento. En los derechos en los que el juez está obligado a aplicar de oficio el derecho extranjero, sería difícil hablar de una verdadera carga de la prueba sobre las partes. Pero incluso en los otros sistemas jurídicos, la existencia de una verdadera carga de la prueba del derecho extranjero es discutible y discutida. Es quizá otra noción que comienza a abrirse paso en la materia: se trata del reconocimiento de una obligación de las partes de colaborar con el juez en la búsqueda de normas extranjeras aplicables.¹⁶

¹⁴ Cfr. *Rivista diritto internazionale*, 1959, p. 620 y 1966, p. 408.

¹⁵ Cass. civ. 12 de mayo de 1959, *Revue critique de droit international privé*, 1960, p. 62 y 63. Cass. Civ. 2 de marzo de 1960, *Revue critique* 1960, p. 97.

¹⁶ Ver principalmente las sentencias de la Corte de Casación italiana de 29

Por el contrario, quisiera examinar un tercer punto. Se trata de la cuestión de saber a qué situación puede llegarse en caso de falta de la ley extranjera señalada como aplicable. En efecto, a pesar de los esfuerzos del juez y de la colaboración de las partes, es posible que en un determinado momento no pueda determinarse la norma extranjera que deba ser aplicada. En este caso, varias soluciones han sido sostenidas.

10. Una de las soluciones consiste en rechazar la petición de la parte que, habiendo fundado su pretensión en una ley extranjera, no haya aportado su prueba. Esta solución se basa en la idea de la carga de la prueba, en su sentido estricto: se rechaza la pretensión de la parte que no ha probado el derecho extranjero como si no hubiera probado los hechos constitutivos de su acción.

Esta solución ha sido aplicada sólo en algunas ocasiones por los tribunales. La doctrina la rechaza casi unánimemente; se ha asimilado incluso este rechazo a una denegación de justicia, opinión que ha hecho suya el Tribunal Supremo de España.¹⁷

Se ha insistido, en ciertos trabajos doctrinales, en la aplicación de otro derecho extranjero considerado como semejante al derecho extranjero designado aplicable, cuyas disposiciones no han podido ser determinadas. Por esta vía se corre el riesgo de obtener un resultado arbitrario, debido a que incluso los derechos pertenecientes a una misma familia jurídica no compartan necesariamente soluciones idénticas en cuanto a sus disposiciones particulares.

Se ha dicho, igualmente, que en el caso de la hipótesis planteada, la solución podría encontrarse en el recurso a los principios generales de derecho; esta proposición se inspira, claro está, en el principio formulado en el artículo 38 (1) (c) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Este recurso puede guiar al juez cuando se encuentre frente a problemas suficientemente generales: su utilidad será menor cuando se trate de problemas concretos y, sobre todo, de problemas resultantes de la diversidad de técnicas jurídicas empleadas por los derechos positivos.

Recientemente algunos autores han preconizado una solución llamada "comparativa."¹⁸ De acuerdo a ésta, cuando la norma extranjera de enero de 1964, N° 237 y la de 19 de octubre de 1965, N° 2129: *Riv. dir. int.* 1964, p. 644 y sig., *Foro it* 1965, I, p. 1825 y sig.

¹⁷ Samleben, informe en la obra *Die Anwendung ausländischen Rechts im internationalen Privatrechts*, pp. 52-53; Verplaetse, *Derecho Internacional Privado*, 1954, p. 360, con sus referencias.

¹⁸ Ver principalmente Cappelletti, "Mandatory Ex-officio Application of Foreign Law: the Comparative Method as an answer in cases where the Foreign Law Cannot be ascertained", en *The Comparative and International Law Jour-*

aplicable no pueda determinarse el juez debe proceder a investigaciones relativas a hechos históricos, culturales, sociales y económicos del país extranjero en cuestión o de otros países que tengan un sistema jurídico semejante; es necesario utilizar toda la información posible para lograr una "opinión aproximada" de la norma jurídica extranjera aplicable. Se puede criticar a esta proposición en dos sentidos, principalmente. Por un lado, no toma en cuenta las posibilidades reales de los tribunales, o por lo menos de la mayoría. Por otro lado, se constata que el resultado al que puede llegarse mediante este sistema es aplicar una norma extranjera ficticia, ya que se tratará de la "opinión aproximativa" del juez y no de una norma en vigor, en algún sistema jurídico. Es interesante citar a este respecto un pasaje de una sentencia del *Bundesgerichtshof* alemán de 24 de noviembre de 1960:

Un derecho que no se encuentra en vigor, que no ha sido adoptado por ningún sistema jurídico y que quizá sólo exista en la mente de una de las partes, no puede ser aplicado; la existencia y contenido de un derecho semejante resultan sumamente inciertos para poder constituir la base de una decisión judicial.¹⁹

¿Qué se puede hacer entonces para resolver el problema planteado? En nuestra opinión, la solución más segura y la menos peligrosa para las partes consiste en aplicar en esta situación la *lex fori*. No se trata de generalizar la aplicación de la *lex fori* y de pretender excluir sistemáticamente el derecho extranjero. Se trata únicamente del caso excepcional en el cual el derecho extranjero competente no haya podido ser determinado. En este caso excepcional difícilmente se puede criticar la vocación subsidiaria de la *lex fori* en lo que respecta a la solución de una controversia llevada ante los tribunales del foro.

III

11. Pasemos ahora al segundo plano de consideraciones, relativo al tratamiento del derecho extranjero en las cortes de casación o de revisión. Por lo que se refiere a la actitud de estas jurisdicciones supe-

nal of Southern Africa (CILSA) 3 (1970), p. 49 y sig. y del mismo autor, "Iuria novit curia. Impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato delle norme di diritto internazionale privato e metodo comparativo" en la obra *Scritti in memoria di Antonio Guiffè*, II, p. 145 y sig. 155-159.

¹⁹ "Ein nur wahrscheinlich geltendes Recht, dass in Keiner anderen Rechtsordnung Niederchlag gefunden zu haben braucht und möglicherweise lediglich in der vorstellung einer parte; besteht, kann nicht angewandt werden; Bestand un Inhalt eines darartigen 'Rechts' sind zu ungewiss, um grundlage einer richterlichen entscheidung sein zu können", *N.J.W.*, 1961, p. 410-412.

riores respecto del derecho extranjero, hay que distinguir dos cuestiones: El control de aplicación, por los jueces de la causa, de las reglas de conflicto del foro, por un lado, y por el otro, el control de la interpretación que los jueces de la causa le han otorgado al derecho extranjero aplicable.

En términos generales, las cortes supremas controlan la primera de las cuestiones referidas, no así la segunda. Es claro que existen excepciones; así, por ejemplo, la Corte de Casación italiana y la Suprema Corte austríaca tienden a intervenir respecto de la segunda de las cuestiones mencionadas.

En la mayoría de los países, como en el caso de Francia, las reglas relativas a la distinción, anteriormente señalada, entre los dos tipos de control, ha sido materia de elaboración jurisprudencial. Sin embargo, en Alemania Federal, el rechazo por parte del *Bundesgerichtshof* (anteriormente del *Reichsgericht*) de revisar la interpretación del derecho extranjero, se funda en los artículos 549 fracción I y 562 del Código de Procedimientos (ZPO).

Es cierto que a nivel lógico dicha distinción difícilmente se justifica. En efecto, cuando la regla de conflicto ordena la aplicación del derecho extranjero, es evidente que exige la exacta aplicación de este último. En consecuencia, el juez viola la regla de conflicto no sólo cuando no aplica el derecho extranjero designado, sino incluso cuando aplica éste de manera imprecisa.

Sin embargo, las reglas, en su mayor parte jurisprudenciales, que rigen el tratamiento procesal del derecho extranjero, no configuran un sistema lógico de preceptos: estas reglas han sido elaboradas de una manera empírica y en función de consideraciones de orden práctico. Pero una vez ubicado el problema en el plano práctico y analizando las importantes actividades encomendadas a las cortes supremas, es necesario reconocer las grandes diferencias que pueden separar a los dos sectores de control mencionados.

12. Diferentes argumentos han sido invocados para explicar, e incluso justificar, el rechazo de controlar o verificar la interpretación del derecho extranjero aplicado.

Se ha puntualizado que la determinación del derecho extranjero necesita, normalmente, de verificaciones e investigaciones y del concurso de expertos. Sobre todo, cuando el derecho extranjero consiste en costumbres o en opiniones de jurisconsultos, como es el caso, por ejemplo, del derecho musulmán. Si las cortes supremas aceptasen revisar la interpretación sobre normas jurídicas extranjeras, estarían posiblemente obligadas a verificar igualmente los resultados de esas investigaciones:

en efecto, la interpretación de la norma se confunde normalmente con su constatación. Se trata, pues, de un procedimiento en el que las supremas cortes no pueden o no quieren participar.

Independientemente de esta dificultad técnica, se ha señalado un problema de fondo. Las reglas de conflicto pueden provocar la aplicación de derechos extranjeros del mundo entero. Ahora bien, ninguna corte suprema se encuentra en la posibilidad de revisar su interpretación y de garantizar la uniformidad de la que puede dársele en el país del foro con la que normalmente le dan los tribunales de donde dicha norma es originaria. Al confirmar tal o cual interpretación del derecho extranjero aplicable, las cortes supremas correrían el riesgo de comprometer su propia autoridad.

13. Un tercer argumento, que nos parece particularmente importante, se funda sobre la misión que tienen encomendada las cortes supremas.

Una corte de casación o de revisión no es una tercera instancia. Su misión consiste, ante todo, en asegurar la uniformidad de la jurisprudencia y, por este medio, la unidad del derecho. Sin embargo, una sentencia de primera instancia no afecta necesariamente la unidad del derecho. Si dicho juicio se pronuncia sobre alguna cuestión de derecho, misma que excepcionalmente puede ser llevada ante los tribunales, la importancia de esa decisión quedará limitada al asunto que se juzgue. En este caso, la misión de la corte de casación no estará en juego: según palabras del decano Jacques Maury: "...en estos casos se comprende por qué la Corte de Casación no interviene, y es que lo concreto, lo particular, se encuentra fuera de su dominio".²⁰

Para que un juicio erróneo afecte la unidad del derecho, es necesario que la cuestión litigiosa posea un carácter suficientemente general, además de que sea planteada con frecuencia ante los tribunales de un país.

Sobre este punto existe una diferencia considerable entre la aplicación de la *lex fori* y la del derecho extranjero.

La aplicación de la *lex fori* es la regla, la del derecho extranjero la excepción. De manera esquemática se puede decir que, en 100 casos, el juez aplica la *lex fori* en una relación de 9 a 1 respecto del derecho extranjero.

Los casos planteados de acuerdo a la *lex fori* son relativamente numerosos, con frecuencia el mismo problema jurídico puede ser planteado en varios litigios, como por ejemplo puede ser el caso de las condiciones de forma del testamento. En cada ocasión se tratará el

²⁰ Maury, "La distraction du fait et du droit devant la Cour de Cassation", en *Revue critique*, 1931, p. 586.

mismo problema, el juez aplicará siempre las mismas reglas establecidas por la *lex fori*. En consecuencia, la interpretación que pueda darse de dichas reglas podrá interesar en casos de la misma categoría.

La situación es sensiblemente diferente cuando se pretende aplicar el derecho extranjero. Los casos en los cuales el juez aplica un derecho extranjero, al ser menos numerosos, hemos dicho 10 sobre 100, provocará necesariamente que los mismos problemas jurídicos no se presenten con frecuencia. Incluso, en aquellas ocasiones en que se presenta un mismo problema jurídico, como en el ejemplo planteado: forma del testamento, el juez no aplicará invariablemente el mismo derecho extranjero la *lex loci actus*, que rige las condiciones de forma de los actos jurídicos, será en un caso el derecho alemán, y en otro, el derecho mexicano. Es evidente que la interpretación del derecho alemán en el primer caso no puede ser aplicable en el segundo y viceversa. Un error cometido en la interpretación del derecho alemán o del mexicano, al quedar aislado, no afectará la unidad de la *lex fori*. En consecuencia, la corte de casación no tiene por qué intervenir.

Esta consideración sobre la razón de ser del recurso de casación o de revisión puede encontrarse en los fundamentos de una sentencia dictada 1864 por el Tribunal Supremo español.²¹ Recientemente, en su sentencia de 21 de febrero de 1962, el *Bundesgerichtshof* alemán consagró dicho principio en los términos siguientes:

Hay que partir del objeto de las reglas procesales. El procedimiento de revisión está, en primer lugar, destinado a asegurar la unidad del derecho tanto en su aplicación como en su desarrollo. En el caso del derecho extranjero o de las reglas cuyo dominio de aplicación no desborde la competencia de la Corte de Apelación (derecho limitado en el espacio), el deseo de una jurisprudencia uniforme es normalmente menos urgente que en el caso de normas en vigor, en su conjunto, en la República Federal o en algunas partes importantes de ésta. A ello se debe que los artículos 549 fracción I y 562 del Código de Procedimientos alemán (ZPO) prohíban a la Corte de revisión, en principio, controlar la sentencia atacada sobre la cuestión de saber si se encuentra de conformidad al derecho extranjero o al derecho de aplicación limitada. La exigencia relativa a la protección de derechos queda satisfecha, en estos casos, cuando la sentencia de la corte de aplicación se pronuncia acerca de la existencia y el contenido de normas que no han sido sometidas a su revisión.²²

²¹ Tribunal Supremo, sentencia de 21 de junio de 1864, *Col. Leg. Esp.* 1864 I, p. 643 y sig., 656-657.

²² "Auszugehen ist von dem Sinn und Zweck der verfahrensrechtlichen Regelung. Das Revisionsverfahren soll in erster Linie die Einheitlichkeit in der

Sin embargo, incluso en el caso de aplicación del derecho extranjero, puede ocurrir que la misma cuestión de derecho sea presentada con frecuencia a los tribunales del país y, en cada uno de esos casos, presentarse la interpretación de la misma norma extranjera. En esta hipótesis, la interpretación del derecho extranjero en un caso en particular no quedará limitada, e interesará a la unidad del derecho. En este caso, la razón para rechazar el control del derecho extranjero, por parte de la Corte Suprema, podrá ocasionalmente desaparecer. Esto lo ha hecho la Corte de Casación francesa en su célebre sentencia sobre el caso *Falk*, de 20 de diciembre de 1950.²³

14. Lo anteriormente expuesto nos conduce a la cuestión de las excepciones presentadas por el principio del rechazo de interpretación de las cortes supremas. En efecto, este principio no es una regla absoluta y rígida, lo que incluso no sería deseable. Es indispensable que una corte de casación o de revisión se reserve el derecho de intervenir en ciertos casos excepcionales; estas excepciones juegan el papel de "válvulas de seguridad".²⁴ En cuanto a su número y dominio, estas excepciones varían de país a país. No entraré en los detalles de esta cuestión; me conformaré simplemente con agregar, para concluir que en la jurisprudencia de la Corte de Casación francesa el número de excepciones admitidas sobre este punto es bastante elevado.

Imre ZAJTAY*

Traducción de Leonel PEREZNIETO

Anwendung und Fortbildung des Rechts gewährleisten. Bei ausländischem Recht und bei Vorschriften, deren Geltungsbereich den Bezirk des Berufungsgerichts nicht überschreitet (räumlich begrenztes Recht) besteht allerdings ein Bedürfnis nach einheitlicher Rechtsprechung normalerweise in geringerer Masse als bei den in der gesamten Bundesrepublik oder in grösseren Teilen von ihr geltenden Rechtsnormen. Deshalb verbieten die § 549 Abs. I. 562 ZOP dem Revisionsgericht grundsätzlich eine Nachprüfung des angefochtenen Urteils nach der Richtung, ob es mit ausländischem oder räumlich begrenztem Recht im Einklang steht: dem Rechtsschutzbedürfnis geschieht in diesen Fällen Genüge mit der Entscheidung des Berufungsgerichts über Bestehen und Inhalt solcher irrevisibler Normen", *BGHZ* 36, p. 348, 353 et s., *NJW* 1962, p. 961, 962.

²³ Asamblea plenaria de 2 de diciembre de 1950, S. 1951, 1.89, nota de Ni-boyet; *J.C.P.* 1961, II, 6058, nota de Lyon-Caen; *Revue Critique*, 1950, 577, nota de Sarrante y Tager; *Clunet*, 1951, 176, nota de Goldman, ver igualmente Weil y Virally, "Du Control exercé par la Cour de Cassation sur l'interprétation des lois du Conseil de Controle en Allemagne", en *Revue Critique*, 1952, p. 253 y sig. y 266 y sig.; asimismo ver Maury, "La condition de la loi étrangère en droit française", en *Trabajos del Comité francés de Derecho Internacional Privado*, IX-XIII (años: 1948-1952), 1953, pp. 97 y sig.

²⁴ Comité francés de Derecho Internacional Privado, *La codificación del Derecho internacional privado*, 1956, p. 149.

* El autor de este trabajo es Director de Investigación del "Centro Nacional de la Investigación Científica" de París, y profesor en las Facultades de Derecho de las Universidades de Hamburgo y Maguncia.