

Bibliografía

Libros

INTERPRETACION DE LA LEY EN LA OBRA DE FRANCISCO GENY

Francisco Geny en su obra fundamental "*Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*" propone al juez para la interpretación y apreciación de la ley, métodos sustancialmente diferentes a los que utilizaron Demolombe y Laurent, Huc y Baudry - Lacantinerie.

"La ley -dice- aun suponiéndola completa y perfecta, no puede por sí sola contener todos los mandatos para satisfacer todas las necesidades tan concretas de la vida jurídica. Entre estas necesidades tan complejas, tan variadas, tan movibles, y la fórmula rígida del texto legal, hace falta un intermediario que pueda y sepa adaptar esta fórmula a las situaciones y circunstancias para las cuales está escrita. Este intermediario es precisamente el intérprete del derecho, y particularmente, en los litigios concretos, el juez".

Geny ve en la ley una simple iniciativa de lo que debe ser real y definitiva-

mente estatuido. El legislador, para este insigne jurisconsulto no puede sino determinar las líneas generales de un cuadro jurídico dado, y debe dejar a la aplicación del derecho el cuidado de llenarlo según los detalles de los casos concretos.

No puede negarse que la tendencia de las legislaciones más modernas acepta el desenvolvimiento de esta especie de individualización judicial de los derechos privados, hasta un punto tal -según Geny- que se atribuye a este movimiento el carácter de presagio de una evolución que tiende a desplazar el centro de gravedad del poder formal generador de soluciones jurídicas.

Pero la tesis del eminente profesor de la Universidad de Dijón, no es en sí nueva, ni puede serlo, pues fundada en la naturaleza objetiva de las cosas se ha reconocido en todo tiempo. En nuestro Código Civil encontramos a cada momento que el legislador mismo confiesa su impotencia y otorga formalmente al juez la facultad de sus disposiciones demasiado generales, estatuyendo según las cir-

cunstancia una verdadera regla jurídica autónoma. Un eminente Magistrado, tratando de explicar la concepción francesa de la codificación y la ley, la ha resumido en esta fórmula característica: "En realidad el juez toma parte en la ley civil: el juez a falta de ley precisa, es un ministro de equidad".

Geny. propone cinco puntos distintos que pueden estudiarse en esta transformación de los métodos de interpretación: reacción contra el criterio individualista; reacción contra el fetichismo de la ley escrita; cambio de criterio sobre el modo de apreciar la intención del legislador; reacción contra el abuso de la lógica que se complace -como sucede especialmente en la obra de Laurent- en la consagración de consecuencias rigurosamente lógicas pero notoriamente absurdas; evolución en el modo de enfocar las consideraciones de equidad para la interpretación de la ley.

Estudiemos separadamente estos cinco puntos, necesarios -según Geny- para la perfecta interpretación y apreciación de la ley.

Reacción contra el criterio individualista

La doctrina moderna ha abandonado el individualismo en el derecho y se inspira en un criterio fundadamente social.

"El derecho positivo -dice Geny- debe continuar siendo una cosa viva. Ahora bien; vivir es moverse y transformarse. Pero el derecho es más aún: es luchar con el ánimo puesto en una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social. Es necesario introducir en nuestra organización positiva una fraternidad más profunda o, como suele decirse hoy, solidaridad social; lo diré sin rodeos: igualar mejor las condiciones en la lucha de las actividades rivales; asegurar una repartición de los beneficios más exactamente proporcionada a los esfuerzos y a las necesidades de cada uno; atenuar los rigores excesivos del derecho individual,

en consideración al interés social y común".

Se puede diferir en cuanto a la importancia que debe atribuirse a esta aspiración, y, sobre todo, en cuanto a los medios para satisfacerla; pero su existencia es incuestionable, pues la idea de derecho como posición inviolable de un bien, la de justicia, como la de dar a cada uno lo suyo, la de ley, como ordenación de la razón promulgada para el bien común adaptadas a la modalidad actual de las cosas y consideradas desde un aspecto positivo, pierden la inexorabilidad o dogmatismo de principio para cambiar de faz y convertirse en elementos concurrentes a la nueva estructura o constitución social, porque su aplicación viene a ser, no para el que la tenga a su favor, con lesión de derechos mayores en número, sino precisamente para proteger esos derechos que afectan la misma vida.

León XIII, protocolizó la bancarrota del individualismo liberal que a través del siglo XIX prolongó los estragos de *la bete revolution* de que hablara de manera admirable Carlos Maurras. Dentro de este nuevo orden de ideas, el derecho civil se ha ido transformando en el sentido de convertirse en una ciencia más social y más humana, a la vez; más práctica y más realista y sobre todo más moral.

Reacción contra el fetichismo de la ley escrita.

La codificación del derecho civil produjo en el siglo pasado lo que hoy se llama *fetichismo de la ley escrita*. Considerada la ley como única fuente de derecho positivo, se ve en el Código Civil un evangelio jurídico que se basta a sí solo y en el cual se encuentran las soluciones requeridas para todos los problemas y conflictos imaginables.

El fetichismo de la ley escrita se define y de una manera muy exacta: el cul-

to de la ley sustituido al culto del derecho.

Veamos cómo dentro de este sistema, el único esfuerzo de la doctrina jurídica se consagra a la interpretación *stricto sensu* de los textos legales:

"Mi divisa, mi profesión de fe -escribe Demolombe- es también, los textos antes que nada! Publico un curso de Código de Napoleón; mi objeto es, por tanto, interpretar, explicar el Código de Napoleón mismo, considerado como ley viva, como ley aplicable y obligatoria; mis preferencias por el método dogmático no me impedirán el tomar por fundamento siempre los artículos mismos de la ley". Más decisivas son todavía las palabras atribuidas a Bugnet: "No conozco el Derecho Civil, no enseño más que el Código de Napoleón".

El derecho llegó a ser considerado como una especie de ciencia exacta y a estar dominado por un criterio algebráico o geométrico que hacía de él -como dice un ilustre jurisconsulto, una obra maestra de lógica, sin duda, pero que necesitaba, a cada paso, disculpar sus atentados contra la justicia, contra la equidad y contra la utilidad social con la odiosa e injurídica máxima tan elocuentemente anatematizada por Jossierand: *Dura lex sed lex*.

Geny, en la obra que estudiamos -considerada como la más brillante que haya salido de la pluma de un jurisconsulto francés -le dió un golpe mortal a ese fetichismo de la ley escrita, y demostró que "aun bajo su forma positiva, el derecho se nos presenta como un conjunto de reglas, surgidas de la naturaleza de las cosas y que deben ser deducidas, por medio de una interpretación mas o menos libre, de los elementos sociales que el derecho tiene por objeto ordenar en vista del bien común".

"Las relaciones humanas -escribe Geny- son demasiado numerosas, demasiado complejas, demasiado cambiantes para encontrar una reglamentación suficiente en algunas fórmulas verbales, dic-

tadas en un determinado momento y en presencia de una situación que es imposible abarcar de una ojeada. Es necesario, por lo tanto, multiplicar las vías y medios de investigación de las reglas jurídicas, y ante todo reconocer, que muy por encima de los procedimientos variados por los cuales ellas se elaboran, se impone una apreciación discrecional del intérprete, única verdaderamente susceptible de adaptar, en concreto, el derecho al hecho".

El código civil suizo dió un triunfo rotundo a la obra de Geny. En los artículos 1º y 4º se encuentra una síntesis completa de esta obra:

"A falta de una disposición legal aplicable -se lee en el artículo 1º- el juez sentencia conforme al derecho consuetudinario y a falta de una costumbre, según las reglas que él mismo dictaría si tuviera que hacer obra de legislador".

Y el artículo 4º dice: "El juez aplica las reglas del derecho y de la equidad cuando la ley le reserva poder de apreciación o lo encarga de sentenciar teniendo en cuenta las circunstancias o los justos motivos".

Cambio de criterio sobre el modo de apreciar la intención del legislador

En qué momento debe colocarse el intérprete cuando pretende descubrir el pensamiento de la ley y las reglas que de ella se desprenden?

En el siglo XIX de una manera rigurosamente sistemática todo giraba al rededor de la intención conocida o supuesta del legislador. El intérprete cumplía bien su misión si sabía colocarse en el momento en que la ley se dictó. La jurisprudencia como la doctrina -según dice R. Saleilles- en su función de interpretación de la ley, no realizaban otra cosa que una investigación acerca de la voluntad del legislador, una deducción lógica de las soluciones que el mismo legislador podría aceptar, no el legislador moderno, sino el autor mismo de la ley,

cualquiera que fuese el tiempo transcurrido entre el pasado y el presente.

La doctrina moderna se separa de este método tradicional y da las siguientes reglas, necesarias para una juiciosa interpretación: 1ª. —Se averigua la intención del legislador pero sabiendo que, como éste legisló para el porvenir, debió necesariamente tener en cuenta aquellas modificaciones que se producirían en el medio social y que tendrían su representación en el campo de aplicación de la ley. El legislador debió saber que la ley no puede conservar sus fuerzas sino en cuanto se plieguen a esos cambios. En consecuencia el intérprete debe tomar en consideración las condiciones nuevas del comercio jurídico, siempre respetando la voluntad del legislador. 2ª.- Se averigua la intención del legislador, pero sobre la base de que la ley siempre tiene un alcance limitado y no previó ni pudo prever todos los conflictos.

En el siglo XIX la interpretación de la ley escrita quedaba reducida a un campo de aplicación sumamente restringido y escasísimo en resultados, pues, tenía que atenerse exclusivamente a la fórmula de su texto. Pero como la ley no es únicamente un fenómeno psicológico, sino que es al propio tiempo un fenómeno social, la doctrina moderna no podía menos de estudiar el ambiente vital de la ley o, en otros términos, tomar en cuenta ciertos elementos fuera del texto que se interpreta, colocados, sin embargo, en contacto íntimo con él, y sin los cuales este texto permanecería mudo o no revelaría más que de un modo muy incompleto la voluntad que le rodea.

Para poder apreciar el alcance eminentemente práctico de una ley, debe el intérprete estudiar las relaciones de hecho que ha querido el legislador organizar jurídicamente, con todas las circunstancias que, determinándolas, ponen de manifiesto las exigencias morales, políticas, sociales, económicas y téc-

nicas a que el precepto debe dar satisfacción.

Reacción contra el abuso de la lógica

El abuso de la lógica consiste en considerar dotadas de realidad objetiva y permanente, concepciones de índole provisional y puramente subjetiva. Este sistema —escribe Geny— conduce al abuso de hacer residir *a priori* todo el sistema de derecho positivo en un número limitado de *categorías lógicas* predeterminadas por esencia, inmutables en su fundamento, regidas por dogmas inflexibles, impropios, por tanto, de acomodarse a las mudables y variadas exigencias de la vida.

Los verdaderos excesos de este método son: *objetivación absoluta e inmutable de las concepciones* y como consecuencia necesaria, *limitación apriorística de categorías jurídicas*.

Dentro de este orden de ideas las nociones jurídicas se nos presentan bajo la forma de entidades metafísicas, clasificadas en categorías, provistas de formas y dotadas de efectos necesarios, ligados unos a otros por una especie de armonía lógica.

El abuso de abstracciones lógicas en la obra de Laurent supone *a priori* una cierta estructura íntima del orden jurídico, colocada a título de axioma en el dintel mismo de nuestra ciencia.

“Si efectivamente —escribe Geny— estudiamos los ensayos hechos de una ciencia jurídica pura que se han intentado levantar sobre el postulado de una lógica imperiosa y necesaria, penetrando en todo el orden jurídico, qué resultados han dado verdaderamente razonables? Ciertamente que encontramos en ellos, lo confieso sinceramente, el análisis, a veces muy sutil, de las condiciones necesarias para constituir una situación jurídica determinada existente de hecho o simplemente posible. También observamos deducciones irreprochables formuladas como consecuencia de esta situación,

y derivadas de su esencia o de sus modalidades imaginables. Pero como estos elementos están tomados de la esfera ideal para plantar el problema; si con auxilio únicamente de la lógica pretendiéramos deducir soluciones con objeto de adaptarlas a la práctica, seríamos víctimas de un burdo y engaño manifiesto. Créase una lógica de afirmaciones puras, de conceptos sin fundamento objetivo, de sentimientos más bien que de razones, de prejuicios basados en la tradición o la educación inconsciente del espíritu. Víctima de su obra, el jurista no se da siempre cuenta de la irrealidad de sus construcciones y de la vacuidad práctica de sus resultados. Pero si abdicase de todo espíritu de partido y quisiera estudiar simplemente la índole objetiva de las cosas sometidas a su juicio, pronto se convencería de que nada imperiosamente lógico estimula las relaciones que estudia, y que la aplicación que hace a ellas de sus concepciones, la trabazón de éstas, puede ser muy diferentes de lo que supone, sin agravio de la razón y satisfaciendo mejor el sentido de la realidad. Esto equivale a decir que todo el aparato de construcciones y concepciones formadas *a priori* carece de valor absoluto y permanente para la aplicación del derecho, único objetivo de actividad para el jurista positivo”.

Contra el abuso de la lógica, que culminaba en una concepción geométrica del derecho, la doctrina contemporánea preconiza que éste no es una ciencia exacta sino una ciencia *social* y que, por consiguiente, los textos legales no pueden considerarse como teoremas de los cuales sea lícito sacar ilimitadamente consecuencias con un criterio matemático.

Las consideraciones de equidad en la interpretación de la ley

Según Geny, en la interpretación de la ley se admite la equidad como criterio de solución y siempre que este me-

dio parezca necesario para satisfacer la justicia, o para responder a las exigencias de la naturaleza de las cosas positivas. Cita como ejemplo, aquellos casos en que el juez deba, para precisar las condiciones mal determinadas de un contrato, interpretar, fijándola, la voluntad insuficientemente expresada por las partes.

La palabra *equidad* representa para los comentadores del derecho dos nociones distintas: o bien es una especie de instinto que sin invocar el razonamiento va por sí mismo perfectamente recto a la solución más conforme a toda organización jurídica; o bien es, la consideración de las circunstancias individuales teniendo en cuenta las ideas generales, o modelándolas de conformidad a los elementos concretos.

Mucho han evolucionado los métodos de interpretación en cuanto a las formas empleadas en el método tradicional para tomar en cuenta consideraciones de equidad.

Los comentadores del siglo pasado invocaban la noción de *equidad*, si el legislador la había tenido en cuenta; en cuanto ella hubiera inspirado al autor de la ley y únicamente en cuanto demostrara la intención de éste.

La interpretación moderna acude a las consideraciones de equidad, una vez abandonado el campo de las fuentes formales del derecho positivo (ley, costumbre, jurisprudencia), y para marcar un derrotero a la libre investigación científica.

Arturo Botero Arias.

DIRITTO CORPORATIVO

Guido Bortolotto, professore nella Regia Università di Roma, Facoltà di Scienze Politiche.

Contiene este *Manual* (como lo califica el autor, no obstante contar la obra 532 páginas, fuera de un copioso apén-

dice) una exposición sobre el asunto del corporativismo, actualmente tan en boga.

En la primera parte se trata a espacío de los tres elementos que forman el gran ordenamiento corporativo: las asociaciones profesionales o sindicales, las corporaciones propiamente dichas y la magistratura del trabajo.

De las corporaciones advierte el profesor, siguiendo las normas de la *Carta del trabajo* expedida por el fascismo, que constituyen la reglamentación unitaria de las fuerzas de la producción, cuyos intereses representan por completo, y de aquí que la ley las reconozca como órganos del Estado. No se halla estudiado en este libro el aspecto político de tales organismos públicos ni la grave cuestión de la representación de los intereses profesionales en los Cuerpos legislativos, sin duda porque el autor desempeñó esa tarea en otra obra suya denominada *Política Corporativa*: en la presente ha querido reducirse al campo estrictamente jurídico.

En la segunda parte, destinada a examinar la *disciplina jurídica de la actividad productiva*, o sea la manera como el régimen corporativo organiza y gobierna la producción, se desarrollan varios puntos fundamentales, entre ellos y de manera principal el relativo al contrato colectivo de trabajo. Es éste, como bien se sabe, un ente o tipo jurídico de extraordinaria importancia: escapado, digámoslo así, de los dominios del derecho civil, ha ido a buscar acomodo y reglamentación en el seno de las instituciones sociales, porque no es dable negar que la complejidad de los fenómenos del trabajo salva los límites de las relaciones privadas, que aquél derecho contempla de preferencia.

Campea, eso sí, en el libro un criterio rígidamente estatista, que en manera alguna aceptamos. El Sr. Bortolotto proclama en absoluto que el Estado es anterior a los individuos, contra quienes puede reivindicar un derecho antecedente y superior, con el fin de absorverlos, y

quiere justificar aquella fórmula cesarista: "Tutto nello Stato, nulla contro lo Stato, nulla fuori dello Stato".

A pesar de esto, juzgamos útil el libro para todo lector cauto que, haciendo a un lado las demasías fascistas, logre aprovecharse del nutrido material sociológico de sus páginas.

Juan E. Martínez.

"IRONIA Y GENERACION"

Antonio de Bustamante y Montoro.

La Habana, 1937.

Este libro del ilustre escritor cubano está constituido por un conjunto de ensayos sobre temas literarios, filosóficos y políticos. Escrita en elegante prosa moderna, lo que más seduce, sin embargo, de esta obra es la noble intención cultural que la anima.

Muy versado conocedor de las ideas capitales que agitan la vida espiritual de nuestro tiempo, Bustamante y Montoro trata de buscarles un ambiente dentro de la cultura cubana, ya conocida como grandemente sensible a todo lo que sea intelectualmente valioso. A través de este libro, discurren en holgada amplitud de conceptos y en ágiles exposiciones, temas y anhelos muy caros al pensamiento contemporáneo. La significación de Sócrates, tan hondamente aliviada en nuestros días, aparece aquí expuesta diestramente y a plena conciencia de lo que el maestro ateniense representa en el desenvolvimiento de la cultura griega y en la vida toda del espíritu. Paralela a este ensayo sobre la ironía socrática, es la conferencia sobre los grandes sistemas filosóficos que inician la modernidad de la cultura occidental: Decartes, Hobbes, Spinoza, Leibniz tienen aquí la debida interpretación

y el adecuado lugar en que debe mirarlos todo el que quiera darse cuenta cabal de la evolución histórica de Occidente, en la filosofía, en la religión, en la política y en el arte. Un hondo sentido de lo histórico ostenta el autor en el ensayo sobre las generaciones literarias, que bien pudo ampliarse hasta pretender un concepto genérico de generación y una ley de su devenir; se estudian aquí las diversas teorías que se han lanzado para explicar el surgimiento de las generaciones y su misión en la historia; es este un tema de nuestro tiempo que aún no ha recibido el desarrollo adecuado y que, por lo mismo, suscita multitud de inquietantes problemas que se enlazan con los más capitales de la sociología y de la filosofía de la historia; descubiertas las leyes de imbricación de las generaciones y sus manifestaciones funcionales y estáticas, tendríamos ya un valioso elemento para comprender la marcha de la historia. En las "Nuevas posiciones de la Filosofía del Derecho", el sudor relata suscitadamente las tendencias inauguradas en Alemania por Stammler, Kelsen, Radbruch Lask, etc., sin dejar de aludir a Del Vecchio y a otros pensadores recientes. En los distintos escritos políticos que aparecen en este libro podemos darnos cuenta del afán y la ansiedad con que la juventud cubana, de la que el señor Bustamante es figura representativa, propugna por colocar su nación a la altura de la época, pero conservando siempre su fisonomía tradicional y con plena conciencia de las propias posibilidades. Otros muchos artículos figuran en este tomo, de grandes sugerencias algunos, como el dedicado a evocar la estampa de Lope de Vega, símbolo vivo de hispania.

Sin expresar un pensamiento original, este libro tiene el grande mérito de insinuar los problemas, antes que divulgar las teorías, con lo cual se realiza una tarca cultural mucho más apreciable, pues la institución a investigar se obtie-

ne más fácilmente con la viva presentación de la trascendencia de un interrogante, que con la exposición tarda y lenta de una solución a problemas que no han sido vividos.

Cayetano Betancur.

ESTAMPAS DE ARGENTINOS

Por Carlos Ibarguren

Admiramos por sobre todas sus otras condiciones el noble afán espiritualista con que Carlos Ibarguren escritor y filósofo sabe agilizar cada uno de sus ensayos. En la historia de la Argentina presidida por un egregio acento de plata, Ibarguren reacciona contra cierta tendencia moderna cuyos estragos en la biografía asumen una peligrosa belleza. El estudio de una vida tiene que ser humano porque sus ingredientes no son la arcilla transitoria que se desvanece en paisajes y aluviones sino una pauta ética emergiendo de un fondo geográfico. La tiranía de la naturaleza física ha llevado a muchos a creer que la vida de un hombre es la topografía que circundó su obra siendo una móvil flecha que vence con el fluido espiritual la resistencia de los acuarios: parece confundirse el esquema biográfico con un capítulo de la fauna. Sólomente cuando esa voz del espíritu domina el boceto biográfico se ha logrado el oficio de quien trabaja con gredas humanas centrandone en torno a un eje, raza, geografía, educación, pueblo y misión.

Eugenio Montes ciñó estilo de buzo para encontrar en torno a un destino mártir los hilos de una raza musical y bautizó una biografía de Dolfuss, el Canciller austriaco, "Un pueblo en torno a un ataúd". Obedeciendo a una pre-

ceptiva distante de la que prevalece ahora.

Ibarguren le da la medida perfecta a todas las influencias que llevan a un poderoso ejemplar humano a dominar un pueblo hundiendo su crítica hasta los propios senos de la historia argentina para presentarnos un gran lienzo geográfico ensombrecido por la cesárea figura de Juan Manuel Rosas frente a cuya fiera pupila se extendía la llanura como un inmenso campo de deporte para sus hazañas imperiales.

En esta nueva obra aparecen Manuel Quintana, Angel Gallardo, José Manuel Estrada, Vicente Fidel López, y José María Ramos Mejía, el estadista, el sabio, el maestro, el historiador y el sociólogo respectivamente modelando con denuevo implacable el alma de su pueblo. Esta obra no es un amontonamiento de fechas, ni una sucesión de capítulos de Zoología sino una egregia galería Plutarquiiana perfumada con el aliento gaucho que fluye de bosques de durazno apasibles o coléricos según el pensamiento austral de su gran río familiar.

El ilustre biógrafo los hace aparecer en sus dimensiones perfectas del escenario nativo, obsesidos por intensas pasiones pero sujetos a una pauta interior, absortos en un ideal ético como Quintana o rebeldes y desplegados como Ramos Mejía. Por todas partes sanando las estrías a veces enrojadas del dictador argentino que hizo de la ausencia de Dorrego el motivo de su gestión histórica porque su sangre tenía ante sus ojos el esplendor reluciente de los estandartes.

De un ámbito espiritual invadido por el silencio pampero o por la bulliciosa alegría de los puertos, Ibarguren nos lleva sujetos a la silueta de un hombre cuyos perfiles se destacan contra el fondo vegetal de sus planicies iluminados por una llama interior empeñada en comunicarse a su pueblo, para perfeccionarlo aún a pesar suyo. Eran frutos maduros desprendidos de la propia

entraña racial que habían conocido el atávico rencor de las gaucheries cuando cruzaban los pastosos labrantios pegados al rastro mular mientras sus labios semidesplegados silbaban una cuिता pampera honda y jovial como el sollozo de su río.

Todos ellos a su manera y en su órbita son el quinteto admirable que le da motivación intelectual a aquel ambiente telúrico para esmaltar el flujo de la historia argentina con un timbre ideal capaz de arrumbar junto a las canciones y leyendas una cláusula gramatical, un capítulo de historia, una interpretación racial o una nueva teoría botánica en las naves que resbalan su afán migratorio sobre el lomo del río que Euclides Cunha tenía como una "ilusión geográfica" y que los próceres de la historia convirtieron en el Jordán de una raza ágil para todos los itinerarios de la victoria.

Los anaqueles de nuestra Biblioteca de la Universidad Bolivariana acogen con alborozo la obra de Ibarguren cimera figura de la intelectualidad argentina.

Abel Naranjo Villegas.

VIDA DE JUAN MONTALVO

Por Oscar Eñren Reyes.

La historia de Juan Montalvo necesitaba un biógrafo de gran clase apto para darnos una interpretación adecuada de este complejo personaje cuya influencia en los movimientos políticos de América no cede el valor por la inactualidad con que hoy se les mira.

Fiel al impulso de la época no podía exigirse a estos países recién amanecidos a la soberanía que tuviesen la lentitud y la reflexión de aquellos pueblos

que han resuelto primero su problema de existencia y luego se han dedicado pacientemente a elaborar su cultura. Montalvo nació en plena fiebre heroica invadida por afanes libertarios en los que no había desaparecido aún el esfuerzo de las avanzadas revolucionarias. Se vivía aún bajo el caliente recuerdo de de los vivacs y de ahí que quienes se dedicaban a las faenas de la inteligencia se viesen compelidos a un ambiente de lidia que fue muchas en mengua de la obra puramente intelectual. De estos es Montalvo quien puso al servicio de los ideales políticos confusos de aquella época de consolidación el agrio signo de su prosa admirable. Siguiendo el precepto de quien escribió que se debe estar al día para ser contemporáneo de todos los días, Montalvo se dio cuenta de que su oficio era el de ayudar a nacionalizar la libertad para dejar así concluida la primera etapa de una cultura que tiene elaboraciones difíciles en pueblos tan complejos como los nuestros. A sus cualidades de gran escritor sumó entonces la de un carácter nutrido con todas las virtudes del hierro porque así urgía para los días que se presentaban.

Padeció la alucinación de los intelectuales de todos los países de América decididos a traer a un continente nuevo la pugnacidad de la faena de Europa que por aquel entonces iniciaba el desplazamiento intelectual hacia laderas lejanas de los valores fundamentales que le dan lustre a la civilización. Pensaron advertir en los espíritus templados apegos a las metrópolis ultramarinas y cometieron el error de licenciar la inteligencia para raciocinar con la imaginación. En Colombia, Perú, Venezuela, Bolivia y hasta en las repúblicas del Plata la misma lucha mortal que empujaba hasta la barricada a quienes remontando conceptualmente diferían únicamente en el procedimiento para aplicar y practicar la libertad.

Para nuestro gusto contemporáneo el conflicto de estos hombres aparece su-

perado por la realidad de ahora cuando se verifica ya el deslizamiento definitivo hacia la polarización filosófica de los movimientos sociales de América. Pero no es posible desconocer la cuita de aquellos varones hundidos en la pesadumbre de la creación. Montalvo encabeza el desfile de figuras que llevaron a Europa el recuerdo de nuestra inteligencia. José Enrique Rodó, Juan de Dios Uribe, Ramos Mejía, etc. ponen un pensamiento de cólera al fenecimiento de la dominación europea entre nosotros. Y crece más su volúmen cuando se piensa que hundidos en aquella lucha tuvieron tiempo para consagrar algo también a la literatura de generos reposados.

Los Siete Tratados llevaron a la propia España la memoria de los prosistas del siglo de oro de su literatura y con Capítulos que se le Olvidaron a Cervantes constituyen la madurez de su obra. Allí desaparece el escritor violento del Mercurial Eclesiástico y de las Catilnarias coléricas diatribas contra hombres y cosas de su patria hundidas todavía en ese anticlericalismo eruptivo que era de tanto gusto en los demagogos de América.

Todo esto nos lo ha revivido la Obra de Oscar Efrén Reyes, historiador y crítico de virtudes cimeras. El centenario del gran prosista ecuatoriano encuentra un numeroso grupo de escritores capacitados para proseguir en su patria el ahinco castellano del celebrado autor. Reyes es uno de ellos por la conjugación de múltiples cualidades entre las cuales admiramos su capacidad descriptiva.

Ambato, la tierra de Montalvo, surge de la pluma de Reyes con líneas tan precisas como si fuera un lienzo llenándose con la colorística movilidad de los pinceles. Recogida en un maravilloso sitio el sosiego de sus valles circundantes sirvió al protagonista para pasear su predestinación a la lucha llevando en el cerebro un nido de tempestades. Montalvo prolongó el recuerdo de aquella

ciudad colonial llevándose al destierro la memoria de aquellos lugares en donde su inteligencia apacentó su discolia frente al sumiso movimiento de las aguas maternas.

Sus gestos nacionalistas no cesaron nunca ante las pasiones de sus ideales políticos y así cuando las tropas colombianas del radicalismo invadieron el Ecuador para ayudar al radicalismo ecuatoriano a derrocar un régimen que combatía Montalvo su pluma se encendió de rubores para execrar virilmente esa invasión dejando como testamento político la patria por sobre las pasiones políticas.

La biografía de Oscar Efrén Reyes es un estudio completo de toda esta admirable personalidad y a los ágiles movimientos de su pluma debemos este magnífico relieve de la estampa de don Juan Montalvo.

Abel Naranjo Villegas.

LA TEORIA COCK ANTE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La "Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario" que ocupa en Colombia lugar destacado entre las publicaciones académicas, inserta en su entrega de Abril de este año un extenso estudio del clarísimo internacionalista francés M. Delage sobre la teoría para solucionar los conflictos de las leyes formulada por uno de los Profesores de la Universidad Católica Bolivariana, el Dr. Alfredo Cock A., tomado de "Le Journal du Droit International" (Clunet) que se edita en París como órgano del Instituto de Derecho Internacional y que, como lo anota la redacción de la ex-

presada Revista, es la más antigua y renombrada publicación del continente europeo. Esta reproducción obliga tanto a nosotros como a nuestro Instituto, apenas nacido y ya famoso en los anales científicos del país y del extranjero.

Como lo anota muy acertadamente el redactor de la "revista del Colegio Mayor", el estudio del Profesor Delage acerca de la mencionada teoría, bautizada con el nombre de teoría Cock, es la consagración en el exterior de la obra de un Jurista colombiano, motivo que a todos debe enorgullecernos y muy especialmente a esta Universidad que cuenta con profesores de talla internacional como el Dr. Cock, no solamente por lo que en sí mismo significa que aquel sabio europeo se haya ocupado de la expresada teoría, sino principalmente por las conclusiones a que llega el renombrado internacionalista en cuanto a la bondad y eficacia de ella en el difícil arte de resolver los conflictos de las leyes, acerca de lo cual se han escrito millares de volúmenes y constituye uno de los asuntos jurídicos más importantes que hoy se estudian en el mundo.

Conceptos como el del Profesor Delage auguran un éxito cierto a la teoría de nuestro compatriota en el campo jurídico internacional, tanto más cuando que el profesor Andree Weiss, internacionalista que alcanzó la mayor fama en este siglo y uno de los creadores de la Teoría de la Personalidad del Derecho que domina hoy en el mundo en estas materias, expresó franca y sencillamente su conformidad con muchas de las ideas que contiene la Teoría del Profesor Cock no obstante estar ésta en desacuerdo con la Teoría de la Personalidad.

El éxito de la Teoría Cock es ya una realidad, pues no solamente

los autores citados, sino varios otros famosos internacionalistas europeos y americanos la han estudiado y comentado. Entre los últimos citaremos al Dr. Jackson H. Ralston, quien publicó un estudio sobre el libro de nuestro profesor en "The American Journal of International Law", órgano del Instituto de Derecho Internacional de Washington, en su entrega de Julio de 1.936, y el Dr. Antonio Sánchez de Bustamante, autor del Código de Derecho Internacional, quien en comunicación dirigida al Profesor Ernesto Alvarez García de Tegucigalpa manifiesta su concepto y expresa la opinión de ser el Profesor Cock uno de los primeros internacionalistas de América.

En Colombia la Teoría Cock fue estudiada parcialmente por el Dr. Félix Padilla en su opúsculo llamado "La sucesiones en el Derecho Internacional Privado" que le sirvió de tesis de grado.

Sabemos que el Profesor Cock elabora actualmente una exposición en francés sobre su teoría con el objeto de hacerla conocer mejor en los centros científicos europeos.

Reproducimos a continuación el estudio del Profesor Delage, tomándolo de la "Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario" con la venia de tan distinguido colega.

"El señor Alfredo Cock, profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Antioquia (Colombia), miembro del Instituto de Derecho Internacional de Washington, acaba de exponer en la segunda parte de un Manual de Derecho internacional privado, los lineamientos generales de la nueva teoría que propone para resolver los conflictos de las leyes de una manera sencilla y racional.

En esta obra, resultado de 12 años de trabajos y estudios, desgraciadamente

muy corta, porque el autor no ha podido dar tantos detalles como hubiera deseado; reprocha primero a los actuales sistemas: su falta de criterios ciertos para determinar la ley aplicable en caso de conflictos de las leyes; su complejidad, las numerosas teorías a que ellas obligan a recurrir, y las excepciones no menos numerosas que hay que tener en cuenta en ellas, sin hablar de la arbitrariedad que aparece algunas veces en sus aplicaciones y lo descosido de esta masa jurisprudencial tan variada que flota en sus decisiones al capricho de la moda del momento; en fin, la ausencia de idea general y directora, de método sintético.

Es cierto que hay tantos sistemas de conflictos de leyes como sistemas de derecho, cada país tiene sus reglas propias de derecho internacional privado; por tanto, si se considera la jurisprudencia de diferentes países se nota que a pesar de esta divergencia en las reglas del conflicto, los resultados prácticos están bastante cerca unos de otros, se puede aún decir que se asemejan a menudo extrañamente.

Se sienta una regla que por su contexto parece ser el reverso de la del vecino, pero por un juego de excepciones o de anomalías suscitadas por las necesidades sociales, comerciales o de otra clase, se llega en el hecho a colocarla en el mismo pie que la del mismo vecino. En Francia, por ejemplo, invocando el omnipotente orden público, se da validez a un negocio de joyas verificado en Francia por un inglés menor de edad cuya ley nacional declara nulos tales contratos, y se acerca así a los ingleses para quienes toda relación jurídica situada en su territorio es regida en principio por la *lex loci*. De la misma manera en Inglaterra se toma como ley personal la ley del domicilio, en Francia la ley nacional, pero las condiciones que se ponen para la adquisición, conservación o pérdida del domicilio son tales que en la práctica esta noción se encuentra tan

cercana a la de la nacionalidad, tal como la entendemos en Francia, que a menudo estos sistemas de Derecho Internacional privado llegan a aplicar la misma ley.

Es este acercamiento producido por la fuerza de las cosas el que ha permitido al señor Bustamante establecer para los países de la América latina un Código de Derecho Internacional Privado, código que todavía no ha sido ratificado por todos ellos. Este Código no obedece a una teoría general del conflicto de las leyes ni a principios generales de los cuales pueda el juez deducir reglas aplicables a los casos que se presenten delante de él. Se trata más bien de una reglamentación de casos determinados que de un Código propiamente dicho. Para las cuestiones sobre las cuales no haya sido posible obtener acuerdo, se deja entera libertad de aplicación a la ley del foro (*lex fori*).

Existe, pues, en la actualidad cierta comunidad de ideas entre los diferentes sistemas del Derecho internacional privado. Este acercamiento aparece aún más en las doctrinas en que las teorías preconizadas por los diferentes autores ejercen influencia unas sobre otras al pasar de uno a otro país. Es por esto por lo que hoy se admite en general que la introducción de la ley extranjera se basa no en la *comitas gentium*, o en una noción de utilidad o de reciprocidad, sino en una idea más alta de justicia, del derecho que tiene todo hombre y que debe ser respetado en todo lugar sin tener en cuenta las fronteras políticas; idea de comunidad humana. De esta última idea se desprende que el origen de las reglas nacionales de los conflictos de las leyes se encuentra en la similitud de las legislaciones. Las reglas fundamentales son las mismas, las instituciones jurídicas son semejantes en sus grandes líneas. Las diferencias residen en la aplicación de estos principios, en las condiciones requeridas para el reconocimiento y el ejercicio de los derechos. Si

hay concordancia o semejanza entre la ley nacional y la ley extranjera, hay admisión de la ley extranjera hasta concurrencia de esta concordancia. En caso de oposición absoluta entre las dos leyes es la ley territorial la que se aplica. Este es en la práctica el sistema que se aplica por todas partes actualmente.

En este sistema no se puede decir verdaderamente que exista en el hecho conflicto entre las dos leyes, puesto que este conflicto se reduce a determinar si existe semejanza de la ley nacional y la extranjera o no. De la misma manera se puede decir realmente que hay aplicación de la ley extranjera cuando el juez para determinar esta semejanza de las dos leyes sólo puede utilizar los elementos de su ley nacional, porque es inherente a la naturaleza humana juzgar a los otros por uno mismo; el juez, como se ha dicho con tanto acierto, proyectará sobre el plano de los conflictos de las leyes sus propias concepciones del Derecho interno, de donde resulta que cuando pretende aplicar una ley extranjera en virtud de la soberanía de su ley nacional que hace suya esta ley extranjera, él no aplica otra cosa que su propia ley nacional con la agregación de un reconocimiento de similitud con la ley extranjera.

De aquí esta triple constancia: 1°. Las legislaciones positivas en un mismo estado de civilización están basadas sobre la existencia de un mismo conjunto de ideas directrices, ideas generales y simples, pero comunes en las cuales cada legislador debe inspirarse para la elaboración del derecho positivo a fin de que éste se conforme a las necesidades y tendencias de la sociedad en su estado actual, para la cual legisla; 2°. Estas legislaciones positivas difieren sensiblemente en sus aplicaciones de los principios y en las condiciones de que ellos las rodean según el ambiente de las comunidades políticas; 3°. Las reglas de los conflictos de las leyes consisten simplemente en determinar si la ley extranje-

ra de que se trata está de acuerdo o nó con la ley nacional. Esta triple constancia no podría ayudar a encontrar una teoría general de derecho internacional privado, un criterio permanente para determinar lógicamente la ley aplicable en todos los casos de los conflictos de las leyes y que fuese susceptible de ser aceptada por todos los sistemas de derecho?

Se objetará que aun cuando se encontrara una teoría de esta clase, el Derecho Internacional privado continuará siendo siempre nacional hasta cierto punto, al menos en sus aplicaciones, porque no hay dos hombres que comprendan de manera exactamente igual una cosa y que la inexistencia de una Corte suprema reguladora impediría que se produjera y continuara esta uniformidad. Pero el descubrimiento de tal teoría sería ciertamente el primer paso que permitiría en el porvenir la creación de esta Corte internacional.

Se dirá también que este derecho reconocido universal y base de los derechos, no es inmutable, sino que por el contrario, es esencialmente variable y progresivo. Es de la naturaleza de las cosas humanas progresar y este movimiento de continuo avance que existe en todos los ramos de la actividad humana, destruiría una teoría general que por su mismo carácter de generalidad deberá seguir y modelarse sobre este progreso continuo?

Para establecer esta teoría general en vez de continuar en el análisis de cada noción particular, valdría más elevarse a la generalidad misma del derecho y considerar no el conjunto de las leyes de un país, sino de las naciones civilizadas. Partir nó de una noción jurídica particular, sino del cuerpo jurídico mismo. Esta labor es la que ha emprendido el señor Cock. En lugar de analizar una noción, jurídica según las características dadas por su ley nacional decidió por el contrario, determinar en los Derechos cuáles componentes son

permanentes, o en otros términos cuáles son admitidos en todos los países y cuáles varían según los diferentes sistemas de leyes. El sistema del Sr. Cock se encuentra basado de esta manera en el patrimonio jurídico y moral acumulado por los siglos y que poseen en común las naciones civilizadas.

Son las ideas generales admitidas en todas partes las que servirán de fundamento. De donde resulta que sólo pueden tomarse en consideración los sistemas de derecho de los pueblos civilizados, únicos que al mismo tiempo pueden tener puntos de contacto o comunes. Esto no traerá cambio en las jurisprudencias actuales, porque en todos los países se encuentran decisiones que rehusan reconocer matrimonios o contratos hechos con indígenas de países bárbaros y según las costumbres de éstos.

En todo sistema de derecho la ley que es fuente de derechos lo es de obligaciones anota el señor Cock, y la ley tiene como objeto y fundamento los hechos y actos jurídicos que nacen de las relaciones de las personas entre sí, las cuales reglamenta según las necesidades de la sociedad.

En las leyes, en general, se puede, pues, distinguir dos grandes categorías: de una parte, aquellas que tienen simplemente por objeto reconocer y sancionar hechos y actos nacidos de las relaciones de las personas, hechos que son anteriores a la ley misma y que continuarán existiendo sin que desaparezcan porque la ley sea abrogada o abolida, porque estos hechos están fundados en la naturaleza misma de las relaciones entre los hombres en sus condiciones de existencia normal. Es esto de tal modo que si se supone un pueblo desprovisto absolutamente de legislación positiva, sea por que no la tenga o porque haya sido abolida la legislación en vigor, se encontrará siempre en este pueblo acuerdos de voluntades, matrimonio y aun la propiedad como resultado de la ocupación. Luego cualquiera que sea la ley

que rija y aun en ausencia de legislación, hay hechos y actos cuya existencia no puede negarse y que son iguales en todas partes.

Por otra parte, además de estas leyes que reconocen y sancionan hechos naturales, hay otras que se limitan a establecer derechos y obligaciones sin que tengan por base hechos naturales o no están fundadas sobre ellos sino de manera indirecta y mediata y que se refieren, por ejemplo, a las condiciones y formalidades que los rodean; estas leyes establecen derechos e imponen obligaciones y son medidas dictadas únicamente por razones de comodidad o de utilidad social y muchas veces puramente arbitrarias según el ambiente de la época, sin que tengan verdadero fundamento en la naturaleza. Estos derechos y obligaciones nacen pues estrictamente de la misma ley, y muchas circunstancias pueden hacerlas diferentes según los países: clima, religión, grado de civilización y otros factores étnicos, caprichos de un jefe o de una colectividad. Estas leyes difieren enormemente de uno a otro país. Como ejemplo de ellas cita el señor Cock las relativas al usufructo legal del padre de familia, las relativas a la edad que fija la mayoría, las que determinan el régimen de los bienes en el matrimonio, la protección de los menores, de los incapaces y otras leyes que son impuestas por las necesidades ficticias de la sociedad moderna.

El señor Cock denomina las leyes que pertenecen a la primera categoría, leyes que reconocen y sancionan hechos naturales y a las de la segunda, leyes que establecen derechos e imponen obligaciones por oposición a las primeras.

Para el señor Cock esta división es racional y lógica, porque ella aparece a simple vista en cualquier Código y, además ella está latente en el derecho de las naciones modernas que tiene por base el derecho romano, porque en este último él descubre una analogía entre el *jus gentium* y las leyes que reconocen

y sancionan los hechos o actos naturales y entre el *jus quiritium* y las leyes con que él forma su segunda categoría. Es cierto que una división semejante, quizá no tan precisa, se encuentra en casi todos los autores: leyes declarativas o supletivas de la voluntad, leyes imperativas o prohibitivas y leyes dispositivas, dicen unos, formando tres grupos, dos de los cuales entran manifiestamente en el segundo grupo del señor Cock. Leyes imperativas y no imperativas, dicen otros, que oponen también derecho natural y derecho positivo.

Después de haber dividido así las leyes, en dos clases, el señor Cock determina a continuación su esfera de acción basándose en que de una parte, todo hecho cumplido, tomado en su individualidad subsiste siempre igual y no se modifica en su naturaleza cualesquiera que sean las circunstancias que posteriormente sobrevengan. Por ejemplo, dice él, un cambio será siempre un cambio, suceda lo que suceda en seguida y de la misma manera tal contrato, no obstante su resolución subsiguiente, existió siempre; aun no falta quien considere esta resolución como un segundo contrato. En consecuencia, los hechos y los actos jurídicos deben regirse por la ley bajo cuyo imperio se produjeron porque es el reconocimiento y la sanción que procede de ella, lo que le da existencia jurídica incorporándose los.

De otro lado, los derechos y obligaciones que nacen estrictamente de la ley o se fundan solamente de manera indirecta y mediata sobre los hechos, son variables y difieren de un país a otro según las diferentes legislaciones.

De aquí se desprende el criterio o fórmula general propuesto por el señor Cock para resolver los conflictos de las leyes de los diversos países:

1). Todo hecho o acto jurídico permanece sometido a la ley bajo cuyo imperio nació.

2). Las leyes que establecen derechos e imponen obligaciones no fundados in-

mediatamente en los hechos o actos jurídicos, no tienen aplicación fuera del territorio de la nación a cuyo sistema de derecho pertenecen.

Estos dos principios tan generales en su tenor sirven para todos los casos de conflictos de las leyes, variables o crónicos, sea que se trate de muebles o de inmuebles, de contratos o de capacidad de las personas. El doctor Cock para poner en práctica la aplicación de sus dos reglas, toma por comodidad como plan de materia el que sigue el Código italiano, sin atribuirle importancia, porque de la misma manera podría emplearse cualquiera otra división, arbitraria como lo son todas. El muestra así el mecanismo práctico de su sistema que es muy sencillo y resuelve todos los casos sin recurrir a ninguna de las teorías usuales y menos aun a todas las excepciones que ellas indican.

Los pocos ejemplos que la brevedad de este artículo permite reproducir, muestran que en el hecho estas teorías conocidas de todos los internacionalistas, tienen aplicación en la teoría del señor Cock sin que aparezcan separadamente. El resultado más notable es que las soluciones que preconiza el señor Cock difieren en general poco de las que se producen habitualmente.

La aplicación de los principios del señor Cock a las cuestiones relacionadas con las sucesiones muestran claramente el mecanismo.

Primeramente se hace una distinción entre sucesión testamentaria y abintestato. La primera es una expresión de la voluntad, un acto reconocido y sancionado por la ley. Se le imponen ciertas condiciones para su validez que constituyen la expresión de los límites impuestos por la ley a la libertad del testador. La segunda es una institución de la ley, aunque pretenda reproducir la voluntad presunta del *de cuius*; ella es pues arbitraria; hay Estados que la aprovechan para volver al sistema primitivo de

la sucesión *res nullius* y hacen que los bienes pasen al Estado.

Siendo pues la sucesión legal o abintestato intrínsecamente nacida de la ley que la impone, sólo puede regirse por esta ley en el territorio donde tiene fuerza de ley. Si hay bienes y herederos situados en otro país en que la ley es diferente, las disposiciones de esta ley se aplicarán respecto de ellos hasta concurrencia de la disimilitud de las dos leyes. Hay que notar que el resultado es prácticamente el mismo en la teoría de la personalidad, en que se aplica la ley del *de cuius* modificada y corregida a contentamiento de las otras leyes en conflicto, bien por el derecho de preferencia, bien por reglas relativas al orden público.

La teoría del señor Cock es a este respecto una simplificación. En cuanto a la determinación del lugar donde debe abrirse la sucesión, es para el señor Cock una imposición legal que sólo tiene aplicación en el territorio donde la ley de que se trata se aplica; habrá, pues, tantas sucesiones como situaciones de bienes, que es el sistema francés y aun cuando en otros países, por ejemplo en Italia, el principio es el de la unidad de sucesión y por aplicación estricta de la teoría de la personalidad se rija la sucesión por la ley nacional del *de cuius*, en realidad el sistema italiano conoce todas las excepciones que sufren los otros.

Por consiguiente, cada ley determinará el derecho de suceder y la extensión de este derecho para todos los interesados nacionales y extranjeros, pero únicamente en el respectivo territorio.

El testamento como acto que es, se rige por la ley bajo cuyo imperio se hizo, pero como los hechos y actos jurídicos no tienen existencia jurídica sino en cuanto la ley los reconoce y sanciona, se sigue que para que el testamento pueda ser invocado en otro país es necesario que sea hecho en los términos de la ley del Estado donde se otorga. Si es nulo según esta ley, no se validará porque o-

era ley establezca principios diferentes. En cuanto a la ejecución del testamento la regla, dice el señor Cock, puesto que la ejecución (ejecutar significa hacer) supone actos nuevos que se cumplen bajo otra legislación, hay que tener en cuenta los derechos y obligaciones que ella establece. La ejecución se rige pues por la ley del foro, según el señor Cock que da acerca de esta regla una explicación más detallada en materia de contratos.

El contrato es un acto uno e indivisible, dice el señor Cock, que refiriéndose a su ley nacional, tomada del Derecho Romano lo considera solamente como creador de obligación y distingue de él la tradición u otro modo necesario para la traslación de la propiedad. De aquí dos cuestiones distintas, la del contrato y la de la ejecución, las cuales pueden ser regidas por leyes diferentes.

El señor Cock tiene en este sistema de derecho una mejor oportunidad para aplicar su teoría. Es cierto que su primera regla se aplica sin error al contrato en sí mismo considerado; un contrato concluido en Francia, se regirá por esta ley en Inglaterra de la misma manera que en Colombia. En cuanto a la segunda parte, a la ejecución del contrato que se opera por tradición o por cualquier otro modo de traslación, ella no tiene los caracteres de unidad, de tiempo de lugar y de indivisibilidad del acto, porque la ejecución difiere del contrato mismo, no solamente en cuanto a su materia, sino también en su cumplimiento; ella supone actos y hechos que se efectúan en el lugar en que se cumple, como también derechos y obligaciones que nacen de la ley de este mismo lugar, ley por la cual se rigen unos y otros, los primeros porque nacieron bajo su imperio, los segundos porque nacen de ella.

Si los actos, hechos, derechos y obligaciones que constituyen la ejecución es tan siempre sometidos a la *lex loci* (*lex solutionis*), se puede afirmar en general

que ella misma está sometida a esta ley, concluye el señor Cock, quien deduce de este razonamiento que esta regla relativa a la ejecución es un simple corolario de las dos reglas principales. La regla relativa a la ejecución se aplicará en todos los casos en que haya una declaración de voluntad seguida de una ejecución, por ejemplo en la sucesión testamentaria. Para el señor Cock el principio de la distinción entre el acto mismo y la ejecución domina toda la materia de los testamentos y de las declaraciones de voluntad.

El señor Cock da como ejemplo de contrato la venta en Francia o en Italia de un inmueble situado en Colombia; la venta hecha bajo firmas privadas produce la transmisión inmediata entre las partes según la ley italiana, ley del contrato, pero según esta ley la entrega es obligatoria, para que pueda el comprador gozar de la cosa y no como medio de transmitir el dominio según lo exige la ley colombiana que, además requiere un acto auténtico registrado oficialmente. Según el señor Cock el contrato se rige por la ley italiana, pero su ejecución se somete a la *lex loci* y, en consecuencia, la ley colombiana se aplica en todo su vigor y el comprador deberá presentar un acto auténtico italiano o colombiano a la oficina de registro colombiana para obtener la traslación del inmueble. Es de notar que la solución admitida habitualmente por aplicación de la *lex rei sitae*, regla adoptada y aplicada en todas partes, sería la misma.

Además, gracias a esta regla especial de los actos necesarios para operar la transferencia a terceros, la aplicación del principio del señor Cock no ofrece dificultad en este caso. Pero en teoría el contrato italiano y su interpretación colombiana son diferentes, y según la teoría Cock el contrato debe regirse en todas partes por la ley italiana, ley bajo cuyo imperio se verificó el hecho, puesto que en Colombia la traslación debería ser considerada como inmediata, lo

que es contrario al Derecho colombiano.

Hay aquí, por consiguiente, un conflicto de instituciones jurídicas que no comprenden exactamente los mismos elementos en los dos Derechos. Este conflicto es insoluble y en consecuencia el sistema del señor Cock, se halla en presencia de un obstáculo insuperable. Parece que sería posible una solución según lo que dice el señor Cock en su capítulo sobre la propiedad a propósito de la garantías contra la evicción y los vicios ocultos. Estas reglas, dice el señor Cock, son imposiciones legales, aunque algunos las consideran como elementos naturales del contrato y que quizá podrían ser consideradas como un contrato en que se estipula una institución creada por la ley; pero lo que es cierto es que desde el momento en que unas legislaciones con relación a determinados actos sancionan una institución y otras no, es por sí solo un argumento de la mayor fuerza para sostener su carácter de institución puramente legal. Se podría, pues, proponer dos sistemas para resolver la dificultad, considerar el acto dividido forzosamente en dos partes distintas: el hecho de la entrega de la cosa que es necesariamente no concomitante al acto mismo, la venta, y ésta que es en sí misma un hecho o acto, sometido en consecuencia a su propia ley; o admitir que el hecho de que un elemento que entra en los componentes de la institución jurídica en cuestión, provoque una divergencia entre las legislaciones, es una prueba de que tal elemento es una imposición legal y cae por consiguiente bajo la segunda regla del Sr. Cock y debe regirse por la *lex loci o fori*.

Fácilmente se encuentran casos de instituciones jurídicas reconocidas en un país y no en otro. Por ejemplo: los esponsales. Para el señor Cock los esponsales son una declaración de voluntad, un verdadero contrato, un hecho, y debe por consiguiente, sujetarse al imperio de la ley bajo la cual nació, no solamente en

lo relativo a la esencia misma del hecho sino también en lo tocante a las consecuencias naturales que de él se derivan, tales como la resolución y la reparación de perjuicios. El hecho de que una ley desconozca estas consecuencias implica solamente el establecimiento de una regla, probablemente arbitraria, nacida directamente de ella, pero en manera alguna el reconocimiento de una cosa que exista independientemente de la ley. En consecuencia, si la institución de los esponsales es reconocida en los dos países, el compromiso hecho en uno es válido en el otro, pero todo lo relativo a las condiciones exigidas para la resolución del contrato y para el pago de perjuicios, en caso de divergencia entre las dos leyes, se regirá por la *lex fori*. La única diferencia entre la solución que preconiza el señor Cock y las que se encuentran en la jurisprudencia es la de que aplicando la *lex fori* en toda su extensión en el caso de que esta ley ofreciera ventajas que la ley nacional o la del domicilio de los esposos no estableciera, éstos podrían prevalerse de ellas con el sistema del señor Cock mientras que en los otros sistemas todo dependería de la regla vaga por excelencia llamada del orden público internacional o de las ideas más o menos liberales de los jueces de este país.

Si la institución no es reconocida por la legislación de un país no podría nacer como acto y en consecuencia no podría ser invocada en otro. Lo mismo ocurre en el caso de nulidad de un acto según la ley de la creación de este acto; esta nulidad puede ser demandada en otro país, aunque, dice el señor Cock, la disposición relativa a la nulidad pertenecía a la clase de reglas establecidas por la ley y no tenga aplicación fuera del territorio; pero en este caso no se trata de dar aplicación a una ley de esta especie fuera de su territorio, sino probar en el hecho, la inexistencia de una obligación sirviéndose como medio probatorio de una ley,

la ley según la cual el contrato se concluyó. Es por esto por lo que la nulidad debe ser propuesta no por una acción sino como excepción.

En cuanto al matrimonio, si bien las legislaciones están de acuerdo en el fondo, sin embargo para unas es un contrato perpetuo e indisoluble, para otras es temporal y resoluble; en unas partes es una relación puramente civil, en otras exclusivamente religioso.

Hay por consiguiente un punto común, la declaración de voluntad, hecho primordial que una vez cumplido no puede cambiar y se someterá en consecuencia a la ley bajo cuyo imperio nació. Resulta de aquí que dos personas casadas legalmente en un país deberán ser consideradas como tales en el otro. El cumplimiento de las condiciones requeridas para la validez del matrimonio se juzgará según la ley del mismo. Si un matrimonio celebrado en Bélgica es nulo, lo será en todos los países, aun en aquellos donde las condiciones son diferentes y donde un matrimonio celebrado de esa manera sería válido.

Ahora, si se consideran separadamente las condiciones de edad, capacidad o autorizaciones necesarias para contraer matrimonio, ellas varían según los países y en consecuencia no tienen aplicación fuera del territorio las leyes que las imponen. De esta manera dos colombianos de 12 y 14 años no podrán casarse en Bélgica donde la ley exige las edades respectivas de 15 y 18 años para los cónyuges. Pero en el caso inverso, dos belgas de 12 y 14 años, ¿pueden casarse en Colombia? Si, según el sistema del señor Cock; nó, si se aplica la ley nacional de los interesados.

El señor Cock defiende sus soluciones basado en las consideraciones siguientes: 1°. La aplicación de la ley personal a casos de este género exigiría de los jueces un conocimiento profundo de la legislación extranjera, lo que no es siempre fácil; 2°. Crearía para los extranjeros graves dificultades porque los

nacionales no sabiendo a qué atenerse evitarían crear relaciones jurídicas con ellos por temor de nulidades desconocidas; 3°. La aplicación de las leyes extranjeras puede llegar a ser una verdadera celada para los nacionales; 4°. En ciertos casos se necesitaría para aplicar la ley extranjera crear tribunales u organismos que no existen en el país. Se puede agregar a estas consideraciones la de que para obviar los inconvenientes que nacen de la aplicación de la ley personal ha sido necesario señalar numerosas excepciones en las que la arbitrariedad sólo iguala a la falta de fijeza. La jurisprudencia francesa no autoriza a una mujer extranjera para tomar préstamos sobre un inmueble francés sin haber llenado las condiciones exigidas por la ley extranjera y sin embargo un préstamo de esta clase contraído en Francia con franceses sólo puede producir efectos en Francia, cuando la misma jurisprudencia permite a un príncipe extranjero casarse en Francia sin el consentimiento de su soberano lo que tiene por consecuencia en relación con la ley nacional de éste crear un matrimonio nulo y si hay hijos crear bastardos. Se objetará que con el sistema del señor Cock el resultado es el mismo, puesto que siendo estas reglas impuestas por la ley se rigen por la ley territorial, pero por lo menos hay una ventaja en este sistema y es que los interesados saben que su contrato no tiene valor sino dentro de los límites del territorio donde esta regla tiene fuerza de ley y si quieren contraer en forma que valga en los dos países, tomarán sus precauciones; mientras que con la teoría de la personalidad ellos son inducidos a sabiendas en un error, porque están en el derecho de creer que aquel acto valdrá en todas partes.

Una cuestión importante es la de la incapacidad que puede ser causada por el hecho de un matrimonio anterior. Aun que según la legislación colombiana el matrimonio sólo puede ser disuelto por la muerte, el señor Cock siguiendo ri-

gurosamente su teoría considera que con cluído el matrimonio por una declaración de voluntad, puede resolverse por una declaración inversa o por otras causas legales. Siendo el divorcio un acto, deberá depender de la ley bajo cuyo imperio tiene lugar. Si una persona se divorcia legalmente en su país donde este divorcio es aceptado, el divorcio legalmente podrá casarse en un país donde el divorcio no exista.

El sistema del señor Cock como los otros sistemas impide a dos esposos extranjeros, cuya ley nacional admite el divorcio, divorciarse en un país donde la ley lo prohíbe; pero a diferencia de ellos permite a dos esposos cuya ley nacional no autoriza el divorcio, divorciarse en un país donde éste es posible. Esta solución es lógica y franca. En efecto, en este último caso ocurre a menudo que el divorcio es permitido en ciertos países, pero porque se hace intervenir la cuestión del domicilio o la del orden público cuyo resultado es crear desigualdades chocantes.

Es cierto que el sistema del señor Cock no impide como no lo impiden los otros sistemas que una persona casada en un país sea considerada como adúltera o bigama en otro. Son casos que se producirán frecuentemente si la jurisprudencia creada para el negocio Ferrari se desenvuelve, lo que ocurrirá verosímelmente porque las tendencias modernas siguen esta dirección. En España existe una jurisprudencia análoga.

Aquí se presenta la cuestión del fraude a la ley, cuestión que el señor Cock no estudió en su libro por falta de amplitud, pero que no es necesaria en su sistema. Si se toma, por ejemplo el caso Bouffremont en Francia o el negocio Ferrari visto bajo el ángulo italiano, se encuentra, aplicando las reglas del Sr. Cock, que la decisión judicial que se asimila a un acto de la misma manera que aquí es asimilada a un hecho y se rige por su propia ley, debe ser considerada desde este punto de vista válida en Italia, pero

como la ejecución tiene lugar en Italia y ésta se rige por la *ley loci o fori*, es la ley italiana la que se aplica, y la mujer divorciada legalmente en Francia lo será igualmente en todos los países con excepción de Italia donde continuará casada.

Estos ejemplos de la aplicación de la teoría Cock muestran, como él lo hace notar, que no solamente la teoría del *renvoi*, teoría tan criticada, es inútil así como todas las otras teorías parciales propuestas para resolver las dificultades particulares. Sea que se trate de la regla *locus regit actum* o de las relativas al orden público jamás podrán verse en oposición en los países donde están establecidas en los casos de conflictos con leyes de otros Estados, porque debiendo aplicarse la ley a una especie jurídica, se aplicará siempre automáticamente sin que haya lugar a consideraciones personales o conveniencias particulares de los extranjeros.

Por su parte la autonomía de la voluntad es perfectamente respetada en ella en los límites acordados por las leyes.

La división de las leyes en dos categorías como lo propone el señor Cock se refiere únicamente a las leyes y disposiciones de orden privado, únicas de que aquí se trata. Es por esto por lo que la cuestión de la nacionalidad cuya inclusión en el derecho internacional privado es materia de tantas controversias no ha sido citada aquí aunque el sistema del señor Cock se aplica muy bien a ella.

El señor Cock se defiende de la objeción de que su teoría, su criterio, no sería sino la aplicación del antiguo sistema de la territorialidad, haciendo notar que este último es mucho más comprensivo que su principio, porque en un país dado, él se refiere a las dos categorías de leyes mencionadas y, por otra parte, es más restringido porque el sistema de la territorialidad no admite los contratos concluídos en país extranjero.

El sistema del señor Cock se reco-

mienda por su generalidad, su sencillez y su ingeniosidad y tiene además la ventaja de que sobre muchos puntos se aproxima a las ideas del profesor Weiss como lo hizo constar el gran internacio-

nalista al felicitar al Dr. Cock por este notable trabajo.

M. Delage.

