

LA ACEPTACIÓN DEL PRINCIPIO PERSONAL

La aceptación del principio personal conduce a la aplicación en ciertos casos de una ley extranjera; pero puede suceder que esta sea absolutamente contraria a los principios morales, religiosos, jurídicos o sociales imperantes en el país en que tendría que ser aplicada, con el consiguiente perjuicio para dicho país, por lo que este se opondrá a su aplicación invocando el orden publico internacional, que representa así una justa defensa del orden jurídico nacional frente a la aplicación del derecho extranjero y una excepción a su aplicación normal en virtud de la norma conflictual.

La posibilidad de nacionalizarse en un país extranjero puede ser utilizada para eludir la aplicación de una norma imperativa que impida realizar un determinado acto jurídico cuando el mismo está, en cambio, permitido en el país en el que se obtiene la nacionalidad, pretendiendo posteriormente que sea reconocida la validez de dicho acto en el país originario, valiéndose de la norma conflictual del mismo en que tal materia está remitida a la ley nacional del sujeto. Así, en un país que prohíbe el divorcio, el marido se nacionaliza en otro que lo autoriza, para poder aplicar después en su país originario el derecho extranjero, valiéndose de la norma conflictual que remite para la regulación del divorcio a la ley nacional del marido. Este procedimiento calificado como de fraude a la ley, viola el orden jurídico del país cuya norma se quiere eludir, por lo que este podrá negarse a aplicar el derecho extranjero, constatado el fraude.

Cuando, por consecuencia de la norma conflictual, el juez tenga que aplicar el derecho extranjero, se plantea el problema de su conocimiento, interpretación, alegación y prueba en el proceso, e incluso el de su carácter de hecho o derecho.

En cuanto al carácter de hecho o de derecho de la ley extranjera aplicable, en la doctrina predomina el criterio de considerarla como un derecho, pero en cambio, en la jurisprudencia está muy extendido el considerarla como simple hecho. Las consecuencias son importantes para los otros problemas enunciados sobre la alegación y prueba de la ley extranjera por las partes y la procedencia del recurso de casación. Tres consecuencias procesales se derivan de considerar la ley extranjera como un hecho y no como un derecho: la necesidad de alegación y prueba aducida por las partes, para que el juez pueda aplicar el derecho extranjero; la consiguiente limitación de esta fase del proceso a la primera y, excepcionalmente, a la segunda instancia; la improcedencia del recurso de casación por infracción de ley.

La alegación por las partes o aplicación de oficio es cuestión debatida; mientras la doctrina se muestra favorable en general a la aplicación por el juez, de oficio, considerando se trata de normas obligatorias para el mismo, dada la remisión ordenada por su propia ley, la jurisprudencia en muchos países propende a exigir la alegación del derecho extranjero por las partes, aplicando, en otro caso, la legislación propia.

En cuanto a la prueba de la existencia y vigencia de la ley extranjera aplicable, quienes afirman la necesidad de su alegación por las partes, estiman que también deberán sufrir la carga de su prueba; en cambio, admitida la aplicación, de oficio, por el juez de la ley extranjera, las partes no tendrán que suministrar su prueba, siendo el juez el que deba procurarse el conocimiento

de la misma. Todos los medios de prueba son admisibles, excepto la confesión; lo que es lógico, ya que ésta ha de recaer sobre hechos personales del confesante; pero en la práctica, los medios utilizados son la certificación de las autoridades correspondientes del país extranjero o el dictamen de dos jurisconsultos de dicho país, con la consiguiente legalización para acreditar su autenticidad.

Respecto a la posibilidad del recurso de casación por infracción del derecho extranjero por el juez, en la mayoría de los países, la jurisprudencia, de acuerdo con la premisa de considerar como hecho la ley extranjera, niega la casación; la doctrina, en cambio, es más bien partidaria de hacer llegar a la casación la recta aplicación del derecho extranjero. El Código Bustamante se declara partidario del recurso de casación, disponiendo que en todo Estado contratante donde exista el recurso de casación o la institución correspondiente, podrá interponerse por infracción, interpretación errónea o aplicación indebida de una ley de otro Estado contratante, en las mismas condiciones y casos que respecto al derecho nacional.

Hay que analizar la teoría de la personalidad de los estatutos. Pero ¿cuál era la doctrina a que esta base de ley hacía referencia y abría de ser incorporada a la legislación vigente?

Según la doctrina aparentemente cabría pensar que se trataba de la teoría estatutaria, con su clásica distinción entre estatutos personales, reales y formales, pero la internacionalistas se pronuncian por la teoría de la personalidad de la escuela italiana. Así, se cree que la expresada base, aludía a la teoría de Mancini o de la denominada escuela italiana, puesta en boga por la ley de introducción del Código civil de Italia de 25 de junio de 1865, que luego ha tomado, mas generalmente el nombre de doctrina de la personalidad del derecho y cuyas líneas directrices hoy son estas, la ley tiene siempre por objeto la utilidad de la persona cuando estatuye sobre un interés privado. No puede regir, sino a las personas para quienes ha sido dictada; Pero debe regirlas en principio, en todos los lugares y en todas las relaciones jurídicas, salvo las excepciones o atenuaciones que resulten del orden publico internacional, de la regla *locus regit actum* y de la autonomía de la voluntad. También se afirma que integra en nuestro Código la escuela italiana o de la personalidad de las leyes de Mancini. Se hace la salvedad de que la fuente inmediata se encuentra en el código italiano.

La legislación guatemalteca recoge el principio de orden público internacional de la escuela de la personalidad, por virtud del cual cuando fuera aplicable una ley extranjera y esta fuera opuesta al orden publico del país, no podrá ser aplicada, disponiendo que no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior, o sea la aplicación de la ley del lugar a los actos, de la ley nacional del propietario en lo referente a los bienes muebles, de la ley de situación respecto a los inmuebles y de la ley nacional del causante en las sucesiones, las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos o sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas, ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero.

La territorialidad de las leyes de orden público implica una excepción a la aplicación que normalmente correspondería a una ley extranjera; por tanto, su territorialidad tiene un sentido excepcional diverso de la territorialidad correspondiente a las normas de situación de los bienes inmuebles y a las de derecho público. Hay que distinguir, la aplicación de las leyes de derecho público, a las cuales se refería de modo casuístico e incompleto al declarar la

obligatoriedad para todos los que habiten en el territorio nacional, con respecto a las leyes penales, y de seguridad ciudadana, que tengan carácter normal. De esta forma, las normas de orden público internacional que impidan la aplicación normal de leyes extranjeras, por chocar contra la legislación interna de la nación.

Nuestra legislación regula la figura de fraude a la ley, lo cual se califica de favorable para el sistema, ya que es una fundamentación positiva, donde se alega el precepto en forma amplia. Con dicha fundamentación, se puede afirmar que es derecho positivo, se acepta como la base de la anulación del acto fraudulento. Dice el Art. 4 de la Ley del Organismo Judicial que Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Con dicha fundamentación nuestro sistema tiene la acogida del derecho positivo al principio *fraus omnia corrumpit*.

La jurisprudencia recoge también la figura del fraude de ley, se fundamenta en el contenido del artículo 4 de la Ley del Organismo Judicial. En la misma se anota de Actos nulos. Y dice al respecto que los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas expresas, son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Hay características del fraude de ley a resaltar:

- 1- Las reglas aparecen configuradas no en términos unilaterales preocupados sólo del Derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según el ordenamiento jurídico, cuál es el Derecho, propio o extranjero, aplicable;
- 2- La ley personal se determina por la nacionalidad, o en su defecto o caso de urgencia de medidas protectoras, se aplica la ley de la residencia habitual, fórmula predominante en Derecho internacional. Se regula el cambio de nacionalidad, doble nacionalidad y falta de nacionalidad.
- 3- Se mantiene el criterio tradicional de aplicación de la ley nacional en cuanto a la persona y relaciones jurídicas inherentes a ella, se acepta la indicación que dice que por un conjunto de reglas que confieren en esencia, tanto a los españoles como a los extranjeros, el amparo de la propia ley en lo relativo a la capacidad de las personas físicas y jurídicas, al estado civil, a las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges, a las relaciones paterno-filiales, a la tutela y demás instituciones protectoras del incapaz, y a la sucesión por causa de muerte.

- 4- Se regula por vez primera la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que se rigen por el principio de autonomía de la voluntad y en defecto de sometimiento de las partes por la ley nacional común, la de la residencia habitual común, y en último término por la del lugar de celebración del contrato. También se prevé para las obligaciones no contractuales el imperio de la ley del lugar de la comisión del hecho dañoso.
- 5- En relación con los bienes muebles e inmuebles, manteniendo el criterio tradicional respecto a éstos de la ley del lugar donde están situados, se dice con respecto a los muebles que en vez de regirse por la ley del propietario como se disponía, se regirán ahora también por la ley del lugar donde se encuentren, añadiendo disposiciones sobre aeronaves y demás medios de transporte, títulos valores y propiedad intelectual e industrial.
- 6- La tradicional regla locus regit actus para las formas y solemnidades de contratos, testamentos y demás actos jurídicos ha perdido el carácter de exclusividad de que antes estaba provista por cuanto se reconocen también como válidos los actos celebrados con las formas y solemnidades exigidas por la ley reguladora de su contenido y si ésta erige la forma en requisito esencial habrá de observarse siempre.
- 7- Se regula como temática nueva la calificación, reenvío, orden público y fraude a la ley, aplicación de oficio de la norma en conflicto y la prueba del derecho extranjero, que requerían un tratamiento unitario, teniendo presente el supuesto especial de Estados con diversidad legislativa.

Aunque de modo sucinto se exponen las principales normas:

- a) Aplicación territorial de leyes: Se mantiene en iguales términos el principio de la territorialidad a las leyes de seguridad del Estado, al disponer que las leyes penales, las de policía y las de seguridad pública obligan a todos los que se hallen en territorio nacional;

Con respecto a leyes procesales, las leyes procesales serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio nacional, sin perjuicio de las remisiones que las mismas pueden hacer a las leyes extranjeras, respecto a los actos procesales que hayan de realizarse fuera del territorio nacional.

- b) Aplicación de leyes personales: También se mantiene la tradicional extensión de las leyes de la propia nacionalidad al ámbito privado de la persona y relaciones familiares, pero en este punto se han completado numerosas cuestiones que tratan de resolver lagunas anteriores y dificultades en la determinación de la ley nacional. En primer lugar conviene indicar las reglas que se refieren a la determinación de la ley personal.

Ley personal: La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinan por su nacionalidad; se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.

Respecto a las situaciones de doble nacionalidad previstas en la legislación, se estará a lo que determinen los tratados internacionales y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente, además, otra no prevista en nuestra legislación o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la guatemalteca, se estará a lo previsto para el caso de falta de nacionalidad o indeterminación de la misma.

Ámbito de aplicación de la ley personal: La ley personal regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

Una regla más detallada se contiene en orden a la sucesión por causa de muerte, que se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento, conservarán su validez aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán en su caso a esta última.

Otras reglas especiales se establecen para determinar la ley nacional en distintas relaciones familiares: conyugales, personales y patrimoniales, paterno filiales, adoptivas, tutelares y alimenticias, que suponen innovación de la nueva regulación y facilitan mucho la resolución de esta problemática, cuya exposición detallada excede de esta exposición general.