

## EL PROBLEMA DE LAS CALIFICACIONES EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

DR. STELLA MARIS ESCOBAR \*  
Prof. adj. de Derecho Internacional Privado

### *Calificaciones*

#### *Concepto.*

Calificar es definir los términos empleados en la norma de derecho internacional privado de acuerdo a un determinado ordenamiento jurídico.

El problema de las calificaciones puede alcanzar cualquier aspecto de la norma indirecta, así puede relacionarse con el tipo legal o con los puntos de conexión. Los términos o categorías jurídicas (domicilio, capacidad, derechos de familia, bienes inmuebles, forma de los actos) son utilizados con diferente alcance o extensión en los distintos ordenamientos jurídicos. Calificar es precisar su significado o su extensión.

#### *Origen del problema.*

Se sostiene que fue Kahn en Alemania el primero que analiza el problema de las calificaciones en 1891 y Bartin lo hace en 1897 descomponiendo los trabajos realizados por Kahn.

Kahn distingue tres clases de conflictos:

- a) Divergencias de las normas indirectas en los distintos ordenamientos jurídicos;
- b) Divergencias de los puntos de conexión aunque tengan igual denominación;
- c) Divergencias entre los Derechos Materiales que tienen repercusión en el Derecho Internacional Privado; a los que denomina "latente gesetzkollisionem" es decir "colisiones latentes de ley".

\* Colaboración de VICENTA BARR.

yes". En esta categoría se plantea el problema de las calificaciones.

Borlin trabaja con varios casos que fueron jurisprudencia.

1). Caso de la "Viuda Maltesa" (Anton e/Bartholo, fallado en la Corte de Casación francesa). Dos anglomalteses contraen matrimonio en Malta, donde establecen el domicilio conyugal sin realizar ningún tipo de convención nupcial, quedando sometidos al régimen de comunidad de bienes vigente en Malta. Posteriormente se trasladan a Argelia (Francia) allí el marido adquiere bienes inmuebles y muere en 1889 sin dejar testamento. La ley maltesa acordaba a la viuda derecho de usufructo del cuarto de los bienes del marido. La viuda se presenta reclamando este derecho que le acordaba el artículo 17 y el art. 18 del Código de Rohan. Según el Derecho Internacional Privado francés el régimen matrimonial de bienes se rige por la ley del primer domicilio común (ley anglomaltesa invocada por la viuda) pero la sucesión de los inmuebles situados en Francia se regía por la ley francesa.

Se plantea entonces si la institución de "cuarta parte de cónyuge pobre" pertenece al régimen matrimonial de bienes o es una institución de derecho sucesorio. En el primer caso se aplicaría la ley de Malta, en el segundo presupuesto se aplicaría la ley francesa. Francia desconocía el derecho pretendido por la viuda ya que el derecho sucesorio del cónyuge supérstite en concurrencia con herederos sucesibles data de 1893, fecha a partir de la cual le reconoce una parte determinada en usufructo.

La institución a calificar estaba reglamentada por el Código de Rohan en el capítulo de las disposiciones sobre el matrimonio, en tanto el Derecho Francés la considera parte integrante del Derecho Sucesorio. La Corte de Apelación de Argelia definió la institución como perteneciente al régimen del matrimonio esto es según la concepción de la ley maltesa.

Se calificó de acuerdo a la *lex causae*.

2). Caso del testamento ológrafo holandés.

El artículo 994 del Código Civil Holandés dispone que un súbdito holandés no puede otorgar testamento ológrafo, ni en Holanda ni en el extranjero, debe hacerlo por acto auténtico observando las formas correspondientes al lugar donde se realiza el acto. Se plantea si esta disposición pertenece al régimen de la capacidad o al régimen de la forma. Se plantea el caso de un holandés que otorga testamento ológrafo en Francia, si la olografía es un problema de forma el testamento es válido, si

se contempla como un problema de capacidad el testamento es nulo ya que Holanda prohíbe a los holandeses otorgar testamento ológrafo dentro y fuera de Holanda. Francia califica la olografía como un problema de forma, Holanda lo califica como un problema de capacidad.

*Diversas Teorías.*

- a) Calificación de acuerdo a la *lex fori*.
- b) Calificación de acuerdo a la *lex causae*.
- c) Teoría autárquica empírica (Rabel).
- d) Teoría autárquica apriorística (Les Méryg).
- e) Teoría de la coordinación.

a) *Lex Fori*. El ordenamiento jurídico competente para calificar es el derecho civil del juez que conoce el pleito. Los partidarios de esta posición son Kahn, Bartin, Agu, Lorenzen, Lerebours-Pigeonniere, Niboyet, Anallotti y otros.

Se sostiene que el legislador al declarar competente una ley extranjera restringe la aplicación de sus reglas internas, ello hace que por ello la definición de los términos de la norma indirecta debe darse de acuerdo a la ley del juez.

Niboyet señala que una necesidad práctica lleva a seguir la *lex fori*. Así dice este autor en el caso del testamento ológrafo del holandés se rige por la ley del lugar de celebración del acto en cuanto a la forma, para la capacidad por la ley nacional del incapaz. Cómo determinar la ley competente sin fijar previamente la calificación? Para él sólo es posible la calificación previa aplicando la *lex fori*. Tanto Kahn como Bartin entendían que la que definía era la *lex fori*. El argumento de la soberanía es abandonado y la teoría se afirma principalmente en las siguientes razones. La determinación del derecho extranjero aplicable a una relación jurídica supone la previa identificación de la ley competente, pero para ello debe calificarse la relación y esa función sólo incumbe a la *lex fori*. Por otra parte es indiscutible la necesidad de coherencia que debe existir entre las categorías usadas en las normas sustanciales y las usadas en las reglas de Derecho Internacional Privado de un mismo ordenamiento jurídico.

Bartín reserva a la *lex causae* la calificación de los bienes y en materia de autonomía de voluntad también Niboyet.

La crítica que puede formularse a esta teoría es que conduce a una limitación de la aplicación del derecho extranjero.

b) *Lex causae*. La calificación debe ser dada por la ley competente para regir la relación jurídica. Esta teoría es sostenida por Despagnet, Wolff, Pacchioni, Philonenko, Frankenstein.

Despagnet dice que cuando el legislador ordena aplicar una ley extranjera a una determinada relación deses que esa ley extranjera sea aplicada en cuanto organiza y regula dicha relación, si no se respeta esa calificación importaría no aplicar a ellas la ley que la *lex fori* declara aplicable. Este autor excluye a los puntos de conexión de la calificación según la *lex causae*. Distingue este autor la definición de los términos contenidos en la hipótesis o tipo legal de la de los puntos de conexión. La calificación de éstos corresponde a la *lex fori*. Criterio que comparte Wolff al atribuir a la *lex fori* la función definidora de los términos "nacionalidad o domicilio".

Se critica esta teoría diciendo que determina un círculo vicioso ya que es necesario previamente calificar la relación jurídica para determinar la ley competente. La determinación del derecho presupone la calificación de la relación jurídica. El problema que plantea la *lex causae* es que ésta puede remitir a otro derecho y por lo tanto la *lex causae* tampoco es definitiva.

Esta crítica puede ser rebatida. La elección de la ley competente puede efectuarse previamente en atención a los elementos de conexión. Si la norma establece que la ley del domicilio regula el estado y los derechos de familia el intérprete sólo hará la calificación de los "derechos de familia" después de haber determinado la ley del país en donde está domiciliada la persona. No obstante las limitaciones es que los propios partidarios le impusieron, la teoría posee ciertos efectos negativos, el caso de las letras de Tennessee es un ejemplo de ello.

Con motivo de unas letras libradas en Tennessee (EE.UU.) se deduce acción ante los tribunales alemanes. El juez aplica el Derecho de Tennessee al derecho material cambiario y el Derecho Procesal Alemán a las cuestiones procesales. Opuesta la prescripción de las letras se plantea el problema de calificar dicha prescripción como perteneciente al derecho material (concepción Alemana) o al Derecho Procesal (concepción anglosajona).

Se hizo la calificación según la *lex causae*, razón por la cual se aplicaron las reglas americanas sobre prescripción por ser éstas procesales en concepción anglosajona y tampoco las reglas del derecho Alemán por ser normas sustanciales, en consecuencia la sentencia del Superior Tribunal Alemán declara imprescriptibles a las letras. Resultado absurdo porque para ambos derechos eran prescriptibles.

Si en cambio se hubiera calificado al instituto de la prescripción según la *lex fori* como perteneciente al derecho material se habrían aplicado las reglas del Derecho de Tennessee aún cuando éste calificara las normas sobre prescripción como perteneciente al derecho procesal. Es decir la calificación conforme a la *lex fori* hubiera evitado el "escándalo jurídico" que produjo la adopción de la tesis de la *lex causae*.

c) *Teoría autárquica empírica*. Rabel, principal exponente de esta teoría crítica a los partidarios de la teoría de la *lex fori* indicando que hay un gran número de calificaciones distintas en las diversas legislaciones nacionales y aceptando la *lex fori* se corre el riesgo de multiplicar los conflictos de calificaciones y no se logra la unificación de las reglas de conflicto, dado que ésta exige la comunidad de nociones, la identidad o similitud de calificaciones. Rabel dice que "la noción de la institución de la que se ocupa la regla de conflicto no es una cosa concreta que permita referirse a tal o cual derecho material nacional sino una abstracción a establecerse por la comparación de los diversos derechos nacionales. Así dice es necesario comprender por tutela no sólo lo que dice el artículo 33 del BGB sino lo que el mundo civilizado entiende en general por ello. La regla de conflicto no se remite a un fenómeno de la *lex fori* con el cual los del derecho extranjero deberían compararse sino al contrario, a lo que hay de común en todos estos fenómenos.

El argumento que deriva de la necesidad de coherencia entre las normas es utilizado por Rabel para exponer esta teoría. Parece en principio adecuado procurar coherencia entre las normas sustanciales y las normas de Derecho Internacional Privado por el hecho de pertenecer a un mismo ordenamiento jurídico, sin embargo dicho, es evidente que las reglas de Derecho Internacional Privado están destinadas a cumplir una función específica, regular el concurso de distintos ordenamientos, de ahí la necesidad de coherencia entre las normas de colisión y otros ordenamientos jurídicos. Esta es la necesidad destacada por Rabel y confirmada por Betti.

Las calificaciones se resuelven entonces por el método de la concepción funcional y mediante la "ratio juris" de la norma de colisión. Las categorías jurídicas deben interpretarse para una mayor correspondencia con las categorías de los otros ordenamientos, mediante la comparación entre los distintos institutos de los diversos sistemas jurídicos, que deberá tener en cuenta no sólo las palabras usadas y la estructura, sino principalmente la función para determinar las analogías existentes entre soluciones dadas a un mismo problema.

En suma hacer una comparación funcional según la terminología de Betti. Los Meriggi acepta en principio la conclusión de Rabel en el sentido de que la regla de conflicto es independiente de los derechos de fondo, tanto de *lex fori* como de *lex causae*. La calificación del fenómeno jurídico a reglar debe determinarse de acuerdo a las concepciones de la regla de conflictos, es decir buscando su alcance internacional. Así dice la donación, tiene siempre el mismo origen y la misma finalidad. Calificar es "crear la definición-tipo" que responde a la concepción universal de ese fenómeno determinado, se la descubrirá en parte recurriendo al Derecho Comparado. Pero se separa de Rabel cuando observa que una sola definición tipo no es posible, así puede ocurrir que una misma relación sea definida en una legislación como una condición de forma y en otra como condición de capacidad sin que sea posible ubicarla en una u otra. En esta hipótesis cuando ni recurrir al derecho comparado soluciona el problema, es necesario elegir entre las calificaciones tipo en conflicto jerarquizándolas. Si ello no condujera a resultados positivos debe formarse dos categorías de calificaciones-tipo:

- A) Calificación personal: Estado y Capacidad  
Relaciones de derecho de familia  
Derecho sucesorio  
Donación
- B) Calificación territorial: *Lex Fori*  
*Lex loci actus*  
*Lex rei sitae*

Dentro del cuadro general la calificación personal es jerárquicamente superior a la territorial y dentro de cada grupo en particular determina la prevalencia por el orden en que los coloca.

La crítica que se puede realizar es que en rigor no puede sustentarse debidamente un orden jerárquico, son simplemente distintas categorías jurídicas.

- d) *Teoría de la coordinación*. Divide el problema en dos fases:
  - 1) Calificación de la norma de derecho internacional privado.  
(se realiza por la *lex fori*)
  - 2) Calificación del derecho aplicable.  
(se realiza por la *lex causae*)

Los fundamentos que se dan son que al hallarse el juez ante un caso

de derecho internacional privado en primer lugar analizará ante que institución se halla, y lo hará en base a las normas legales del país al que pertenece. Antes de conocer la institución no podrá determinar cual es el derecho aplicable. Es en esta primer fase donde la *lex fori* adquiere un rol preponderante aunque no absoluto, porque se admiten excepciones (así la calificación de los bienes por la *lex situs*). También se fundamenta diciendo que si la calificación es un problema de interpretación de la norma de derecho internacional privado, el problema no se planteará cuando esa interpretación no se pone en juego.

En general la doctrina moderna tiende a evitar las concepciones absolutas. Aceptará para ciertos casos la teoría de la *lex fori* y para otros la de la *lex causae* como lo hace Lewald o como lo hace Wengler que aplicará la *lex causae* como principio sujeto a diversas limitaciones. Falconbridge sugiere una nueva regla formulada por los Tribunales analógicamente a las reglas existentes para obtener "un resultado socialmente deseable".

Por último la doctrina tiende a dejar librado a los jueces el mejor criterio aplicable sin sujetarlo a los límites estrechos de teorías genéricas o sistemáticas (Lepaulle, Figeaux, Aguilar Navarro, etc.) Valladao al explicar el silencio sobre el problema en su Anteproyecto General de Aplicación, de las Leyes dirá que los jueces recurrirán a tal efecto a los principios rectores de la analogía, la equivalencia, la subsidiaridad y la adaptación para hallar las soluciones justas y equitativas para cada caso.