

# LIBRO PRIMERO.

## DE LAS PERSONAS

### CAPITULO I

#### DE LA LEY QUE DEBE DETERMINAR EL ESTADO Y LA CAPACIDAD JURIDICA DEL EXTRANJERO,

40 Necesidad de determinar el estado jurídico de una persona por una sola ley —41 Como debe interpretarse la opinión de los que sostienen la preferencia de la ley del domicilio de la persona —42 Distinción entre las dos escuelas —43 Examen crítico de sus opiniones —44 Verdadero estado de la cuestión —45 Nuestra opinión —46 Nuestra doctrina confirmada por la autoridad del Derecho Romano —47 Inconvenientes que surgen de la doctrina contraria —48 Se impugna la distinción hecha por los autores entre el estado y la capacidad de obrar —49 Se desecha la opinión que se tiene la preferencia de la ley "for" —50 Unica excepción verdadera al principio establecido por nosotros —51 Disposiciones de derecho positivo concernientes a la ley que debe determinar la capacidad de los extranjeros

40 Por las palabras *estado de la persona* indicamos las cualidades jurídicas del individuo considerado en si mismo. Los efectos que surgen de esas cualidades constituyen la capacidad de obrar en sentido jurídico (1)

---

[1] El estatuto *personal* comprende el conjunto de reglas relativas al estado y a la capacidad de las personas ya para todos los actos de la vida civil en general y para algunos en particular. Según la ley francesa va anejo á la persona de los franceses y se rigen por él aun cuando residan en país extranjero. Sólo el cambio de nacionalidad puede sustraerlos al dominio de este Estatuto. Resulta por una parte que el francés no puede en país extranjero hacer válidamente respecto de la ley francesa aquello por que es incapaz en Francia aunque según la legislación del país en que resida tuviese la capacidad suficiente y por otra que el francés no puede en ningún caso prevalecer en Francia de las disposiciones de una ley extranjera para impugnar bajo la relación de su capacidad la validez de los actos realizados por él en el extranjero.

La disposición del párrafo 3 del artículo 6 del Código Civil concebida en estos términos: Las leyes concernientes al Estado y a la capacidad de las personas

El conjunto de las cualidades que pertenecen al individuo como ciudadano y que son la base de sus derechos políticos, forma su estado público. Esto depende de la ley de la patria de cada uno, y no puede valer más que en esa misma patria, porque los derechos políticos están considerados como las prerrogativas exclusivas de los que participan de la vida política de la universalidad.

El conjunto de las cualidades jurídicas que la ley atribuye al individuo como persona, constituye el estado privado, tal es, por ejemplo, la cualidad de mayor o de me-

rigen para los franceses aunque residan en el extranjero autoriza a creer que el legislador francés ha querido dejar a los extranjeros residentes en Francia bajo el dominio de sus leyes nacionales en todo lo que concierne a su Estado y capacidad. El objeto de la disposición de este párrafo sólo se conseguirá muy incompletamente si las autoridades y los tribunales extranjeros no concurren a su cumplimiento ora negando á los franceses residentes en su país su concurso para el otorgamiento ó concesión de actos de que sería incapaz en Francia ora anulando dichos actos cuando de hecho los ha otorgado. Ahora bien el legislador francés no puede reclamar este concurso ni esperar lo de las autoridades y tribunales extranjeros sino á condición de prestarse por su parte á hacer respetar en Francia el estatuto personal de los extranjeros. Es pues permitido suponer que se entiende admitida bajo este respecto una completa reciprocidad. Esta inducción se halla corroborada por la historia de la redacción del artículo y por la anttesis que existe entre los dos primeros párrafos y el tercero. Se nota sin embargo que no hay nada de absoluto en estas materias. M. Valette cita a este propósito el caso de un príncipe alemán—asunto del duque de Brunswick—a cuya interdicción se negó todo efecto en Francia porque había sido pronunciada en el extranjero por motivos políticos en parte.

Entre los autores que admiten que el estatuto personal extranjero debe regir igualmente el estado y la capacidad de los extranjeros residentes en Francia por una justa reciprocidad de lo que el Código Civil decide respecto de los franceses los unos con M. Demangeat pretenden que una vez domiciliado en Francia no se sigue el extranjero en cuanto á su estado y capacidad por la ley de su país sino por la ley francesa. Los otros sostienen con los anotadores de Zacharia MM Aubry y Rau con MM Delvincourt y Demolombe que la autorización concedida á un extranjero para establecer su domicilio en Francia no hace que le sea aplicable el estatuto personal francés porque en efecto no por eso es menos extranjero. Si se le coloca en la misma línea que al francés en cuanto al goce de los derechos civiles resulta que es admitido como éste último al ejercicio de estos derechos en el límite de su capacidad personal pero de ningún modo que esta capacidad deba apreciarse como la de los franceses con arreglo á la ley francesa.

En casi todos los países civilizados se admite que los extranjeros en lo que concierne a su estado y capacidad permanezcan sometidos á su ley nacional. Sin embargo muchas legislaciones particularmente la de los Países Bajos y de Rusia que han consagrado bajo este aspecto reglas diferentes y aun entre las que han reconocido este principio se han hallado muchos que sólo lo han admitido con restricciones importantes establecidas en interés de los nacionales (V. Zacharias anotado del Aubry y Rau tercer edic. II pág. 72)

(N de P. E.)

por, de hallarse sometido a la autoridad paterna o a la de un tutor, de emancipado, de prodigo, de sometido a un consejo judicial, de célibe o de casado, de padre ó de hijo legítimo, natural o adoptivo, de vivo o de muerto civilmente

Todos reconocen que es necesario determinar el estado jurídico de la persona por una ley única, para evitar el inconveniente de un estado mudable. Los mismos defensores de la rigurosa máxima *legis non valent extra territorium statuentis*, han hecho una excepción para las leyes personales, admitiendo como regla general que éstas deben aplicarse también en territorio extranjero por reciproca utilidad y por la *comitas gentium*. Toda la dificultad, sin embargo, consiste en determinar cual es la ley a que se halla sometida la persona de un modo permanente, y en este punto no están acordes los autores

41 La mayoría reconoce que el estado de la persona debe determinarse por la ley del domicilio. Boullenois, Rodemburgh, Heincio, Fioland, Bouhier, Voët, Pothier y otros, sostienen esta doctrina que esta aceptada por Stori y Savigny, Bocco y Westlake. No faltan entre nosotros eminentes jurisconsultos que la consideran como una *communis opinio* y que critiquen el Código Italiano que, sin tener en cuenta la tradición científica, ha establecido que el estado de cada cual debe determinarse por la ley de su nación

Nosotros creemos, por el contrario, que proceden del mismo gero los que consideran el principio establecido por el Código italiano (art 6º) «El estado y la capacidad de las personas, así como las relaciones de familia, se hallan determinadas por las leyes de la nación a que pertenecen,» como una innovación absoluta contra la *communis opinio* de los escritores de la Edad Media y moderna. Efectivamente, estudiando autores antiguos, nos hallamos con que todos nos han interpretado en el mismo sentido

la fórmula *ley del domicilio*. Algunos de entre ellos creen designar por esas palabras la ley del domicilio de origen, la cual, en resumen, equivaldría a la ley de la patria de cada cual, lo que, por una expresión más moderna, se llama *ley nacional*.

Froland, que es citado por todos como el más firme defensor de la ley del domicilio, cuando trata la cuestión de averiguar, si al cambiar éste, el estado de la persona debe determinarse por la nueva ley, se expresa de este modo «Si se alude al estado de la persona, *abstracte ab omni materia reali*, en ese caso, la ley que ha empezado a fijar su condición, que es la ley del domicilio de origen, conserva su fuerza y su autoridad donde quiera que reside la persona. Así es que, si por la ley del domicilio de origen una persona es mayor de edad a los veintiun años, y se traslada a otra nación en la cual la mayor edad no empieza hasta los veinticinco, sea mayor a los veintiuno, y en su nuevo domicilio podrá enajenar, vender, hipotecar, etc., según su voluntad [1] »

Story, que es uno de los escritores que mejor han tratado esta materia, después de haber citado a varios juristas que sostienen que el estado personal debe determinarse en todas partes por la ley del domicilio, termina así «De la opinión de los juristas citados, se deduce, que la persona que ha llegado a la mayor edad según la ley del *domicilio nativo* (*by the law of his native domicile*), es considerada en todas partes como si tuviese el mismo estado y la misma condición, por lo que, según la ley del *domicilio de origen* (*by the law of his original domicile*), si un individuo no puede testar sino a los veinticinco años, no podrá legítimamente disponer de su propiedad hasta esa edad [2] »

[1] Froland *Memoria concerniente a la naturaleza y a la validez de los estatutos* cap VII § 13 pág 171

[2] Story *Conflict of Laws* § 52

Fœlix dice claramente que la ley a que cada individuo se halla sujeto como persona, es la de la nación a que pertenece. Admitiendo como regla general que el hijo adquiere por derecho de nacimiento la misma nacionalidad de su padre, pretende que la ley de la nacionalidad del padre sea la ley personal del hijo, desde el primer momento de su existencia física. En este sentido es en el que emplea Fœlix la expresión *ley del domicilio*, y más aun, de clara de una manera explícita que, según él, las expresiones *lugar del domicilio del individuo*, y *territorio de su nación o patria*, pueden ser empleadas indistintamente. No aceptamos su opinión, porque parece, según él, que un hombre no puede tener su domicilio sino en el territorio de la nación de que es miembro, pero hemos querido hacer notar el sentido que tienen estas palabras [1].

42 La cuestión que establece la verdadera diferencia entre las dos escuelas es la muy importante de saber si cuando ocurre la *mutatio domicilii* debe aplicarse la ley del nuevo domicilio o la del primitivo. Para resolver esta cuestión, sostienen algunos autores resueltamente que el estado y la condición jurídica de las personas deben determinarse por la ley de su actual domicilio. Heicio es de esta opinión, y dice «*Hinc status et qualitas personæ regitur a legibus loci cui ipsa sese per domicilium subiecit. Atque inde etiam fit, ut quis major hic, alibi mutato scilicet domicilio, incipiat fieri minor* [2]». Participan de esta opinión Pablo y Juan Voët, Burgundius y Rodenburgh, el cual se expresa de este modo «*Personæ enim status et condi-*

(1) Fœlix *Derecho internacional privado* T I lib I tit I números 27 y 28

No es en efecto admisible que un hombre no pueda tener su domicilio nada más que en el territorio de la nación á que corresponde. M. Fiore tiene razón para criticar esta doctrina de Fœlix apoyándose en Demangeat. También puede citarse para corroborar esta opinión el artículo 18 del Código Civil Francés que dice: «El extranjero admitido por autorización del jefe del Estado á establecer su domicilio en Francia gozará de todos los derechos civiles mientras continúa residiendo en ella».

(N de P F)

(2) Hertius *Opera de collisione legum* § 1 num 5 pág 192

*no cum tota regatur a legibus loci, cui illa sese per domici-  
lium subdiderit, utique, mutato domicilio mutari et necesse est  
personae conditionem (1) » También Pothier es muy explí-  
cito «El cambio de domicilio desliga a las personas del  
imperio de las leyes que rigen en el país que abandonan,  
y las somete a las del lugar del nuevo domicilio que ad-  
quieren (2) »*

Por último, para no hablar de todos, Demangeat, que  
figura entre los autores más modernos, trata categórica-  
mente la cuestión Si un individuo, dice, tiene su domici-  
lio en Francia, pero no la condición de francés, puede  
suscitarse la cuestión de saber si la ley personal de ese  
individuo debe ser la de la nación a la cual no ha dejado  
de pertenecer o la del lugar en que está actualmente do-  
miciliado A esta pregunta contesta con las siguientes pa-  
labras «Creemos que el domicilio debe prevalecer sobre  
la nacionalidad (3) » Otros, por el contrario, suponen que  
la ley del domicilio de origen sigue a la persona a donde  
quiera que resida, y citaremos entre estos autores a Hu-  
ber, Burge (4), Story y Merlin

Huber formula su doctrina del siguiente modo «*Quali-  
tates personales certo loco alicui jure impressas, ubique in-  
ferunt et personam comitantur cum hoc effectu, ut ubique lo-  
corum eo jure, quo tales personae alibi gaudent vel subjectae  
sunt, fruuntur et subiciantur* Por consiguiente, añade, los  
que entre nosotros se hallan sometidos a la tutela o a una  
curatela, como los menores, los prodigos, la mujer bajo  
el poder del marido, estarán obligados a permanecer en  
todas partes bajo la autoridad de la tutela o del poder

(1) P Voet *De stat* § 4 cap II núm 6—Rodenburgh *De dive sit stat* tit II pág  
2 cap I núm 3

(2) Pothier *Costumbre de Orleans* cap I art 1 núm 18

(3) Demangeat nota (a) al núm 29 de Félix *Derecho Internacional Privado é His-  
toria de la condición civil de los extranjeros en Francia* pág 414

(4) Burge *Comment ó colonial and foreign law* t 1 cap IV Story *Conflict of  
laws* cap III IV Merlin *Repertorio* 7º *Autoridad marital* § 30 art 4 *Mayor  
edad* § 4 *Lectio retroactiva* § 8 núm 2 art 5

marital, poseerian y ejerceran los derechos que concede nuestra ley a las personas en tutela *Qui prodigus hac et declaratus, alibi contrahens, valde non obligatur, neque convenitur* Por el contrario, los que, segun la ley de una nacion, son mayores a los veintiun años, deben ejercer todos los derechos inherentes a la mayor edad, aun en las naciones en que esta no empieza hasta los veinticinco años, porque todos los gobiernos deben hacer efectivas las leyes y prescripciones de las demas naciones, siempre que no perjudiquen a sus propios subditos ó a sus propias leyes (1)

La teoría de Huber, que sustancialmente no difiere de la nuestra, es la consecuencia de los principios generales que establece como axiomas y que aclaran mas su opinion «*Rector es imperiorum, dice, id comiter agunt ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita teneant ubique suam vim quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium prejudicetur* (2) »

Boullenois no es muy explicito al resolver la cuestion Hace una distincion entre las calificaciones personales que dependen de la ley, por razones generales reconocidas por todas las naciones, y que una vez adquiridas acompañan a la persona aun cuando cambie de domicilio, tales son para él la interdiccion, la prohibición de ejecutar ciertos actos por causa de enfermedad mental, la legitimación y otras analogas Las demas calificaciones que dependen de disposiciones particulares de la ley del domicilio, como la autoridad paterna y la prohibición hecha a la mujer casada (*Senatus consultum Velleianum*) dependen de la ley del actual domicilio (3) »

Merlin, por el contrario, despues de haber citado la opinion de diferentes autores, dice que la ley del lugar del

(1) Huber *De conflictu legum* lib 1 tit III § 12

(2) Huber idem id lib 1 tit I § 4

(3) Boullenois *Personalidad y realidad de las leyes* obce v 32

nacimiento, y no la del nuevo domicilio, debe regir en todos los casos, la menor edad, el poder paterno, el marital y las demás situaciones semejantes, y le sorprende que Boullenois haya querido distinguir unos casos de otros (1)

Henrys, jurisconsulto inglés del siglo XVII, es notable entre todos los demás. Queriendo determinar este autor por qué razón la ley del domicilio de origen debe prevalecer en todos los casos, dice que cada Estado o nación debe considerarse como la más capaz para juzgar las circunstancias físicas del clima y demás, cuando las facultades del ciudadano están física y moralmente desarrolladas de manera que pueda ponerse al frente de sus propios intereses (2). Esta misma razón ha sido adoptada por otros jurisconsultos, según observa el americano Story (3)

No queremos molestar con más citas. Lo que hemos dicho nos parece suficiente para probar que los compiladores de nuestro Código no pueden ser considerados como innovadores, y que el principio formulado por ellos tiene muchas analogías con la doctrina aceptada por una respetable escuela de jurisconsultos antiguos, y tendemos más razón para afirmarlo así, si reflexionamos en el espíritu de la doctrina más bien que en la forma exterior.

No se puede discurrir acerca de la ley del domicilio en los tiempos actuales como en los antiguos. Cuando Francia tenía por sí sola más de trescientas leyes consuetudinarias diferentes sobre los más graves objetos, como por ejemplo, sobre la época de la mayor edad, sobre las reglas matrimoniales, sobre la facultad de disponer a título gratuito, sobre la transmisión de los bienes *ab intestato*, cuando la solución de cuestiones tan importantes podían

(1) Merlin *Repet* V *Majorité* § 4 *Autorisation maritale* § 10 art 4 *Effet relatif* § 3 num 2

(2) Henrys *On foreign law* pags 5 y 6

(3) Story *obia cit* cap I



ser diferente, según la persona estuviese domiciliada en el punto en que estaba en vigor tal o cual costumbre, era entonces muy natural que se diese una gran importancia a los estatutos del domicilio de origen. No se podía hablar de ley natural, puesto que no existía unidad de legislación. Los que han querido aplicar materialmente los razonamientos de los autores anteriores a la codificación, para resolver los conflictos de nuestro tiempo, sin entrar en el espíritu de su doctrina, no han considerado que la sociedad y la legislación han progresado. Hoy no estamos ni en tiempos de los romanos, cuando el Estado se componía de *civitates* y de *republicæ*, ni en la Edad Media, cuando los municipios tenían constituciones propias. Hoy, al interés municipal ha sucedido el interés nacional, a la *Comunidad* el Estado, a los estatutos locales han sucedido las legislaciones y los códigos. Es, por lo tanto, natural que a la ley del domicilio de origen deba corresponder ahora la ley nacional, y que la ley del domicilio de hecho pueda ser decisiva solamente cuando el Estado está dividido en diferentes fracciones regidas por leyes diversas, pero dejando a un lado la autoridad de los escritores y la de los códigos escritos, tratemos de examinar las dos opiniones con las luces de la razón crítica.

43 Los que sostienen que el estado personal debe regirse por la ley del domicilio, razonan de la manera siguiente: «Cada persona, por regla general, tiene una residencia estable que se llama domicilio, en este sitio es donde efectúa la mayor parte de sus manifestaciones, en donde adquiere hábitos y carácter, en otros términos, en ese sitio es donde adquiere sus cualidades distintivas e inmanentes que le acompañan siempre y en todas partes. Asentado esto, las cualidades fundamentales jurídicas de la persona, el estado, la capacidad, no pueden regirse por otras leyes que la del domicilio.»

En nuestra opinión, este argumento es poco concluyente

Si es, en efecto, la principal razon para dar la preferencia a la ley del domicilio, que cada cual adquiere los hábitos, el caracter y las cualidades distintivas é inmanentes del lugar en que ha establecido el centro principal de sus negocios, nos parece, por la misma razon, que debe argumentarse en sentido contrario. Las cualidades distintivas é inmanentes son la consecuencia de los usos y de las tradiciones del lugar de origen y de todo el conjunto de los elementos que constituyen el caracter y el genio civil de cada pueblo y de cada nacion. No podemos suponer que esas cualidades deban estar notablemente modificadas por la residencia temporal en un sitio en el cual se haya establecido el centro principal de los negocios. Nos parece, por consiguiente, mas razonable decir que las cualidades fundamentales jurídicas de la persona estan registradas en todas partes y en la ley de su patria.

44 El unico punto de vista desde el cual se puede razonablemente discutir la cuestion, segun nosotros, es el siguiente. ¿La relacion de vasallaje es una relacion geografica y territorial en el sentido de que todos los que residen en un territorio se convierten en subditos del soberano territorial, ó es, por el contrario, una relacion libre y voluntaria en el sentido de que nadie puede ser considerado como subdito de un soberano, sin que haya consentido en ello tacita o expresamente? Si se acepta la primera proposicion, que haria, en verdad, retroceder el sistema de la soberania al principio feudal, resultaria que, por el simple hecho del domicilio, no solo se convierte uno bajo cierto aspecto en subdito temporal del soberano territorial, sino que tambien se interrumpan las relaciones existentes con el soberano nacional, que ser o no ser subdito significa vivir en el territorio o fuera de él, que, por consiguiente, no solo las relaciones jurídicas que empiezan a crearse en el nuevo domicilio, sino tambien las cualidades fundamentales jurídicas de la persona no pue

den regirse por otra ley que por la del actual domicilio. Si, por el contrario, se acepta la segunda proposición, la consecuencia será que mientras tanto que el individuo, por un hecho cierto y determinado, no haya roto los lazos que le unen a su patria, el simple hecho del domicilio, en virtud del cual se han establecido ciertas relaciones temporales entre el individuo y el soberano territorial, no puede destruir las relaciones más íntimas y más duraderas que el mismo individuo tiene con la soberanía nacional.

45 Es positivo que cada individuo nace ciudadano de una patria y que se considera como miembro de la nación de su padre, por qué se presume que quiere continuar perteneciendo al mismo cuerpo político que su familia. La ley de la patria de cada uno toma bajo su protección al individuo desde el instante de su nacimiento, determina cuando existe como persona jurídica, cuando es hijo legítimo, natural o adulterino, y le aplica todas las determinaciones que activa o pasivamente le interesan. A medida que el individuo crece y se desarrolla en sus facultades, penetra en el secreto de la vida política de su nación, se apropia las costumbres y aprecia las cualidades y los defectos de la constitución y de la legislación de su patria. Desde ese momento sus deberes y sus derechos son más ciertos y están mejor definidos. Ya no es por presunción, sino por voluntad explícita por lo que el individuo pertenece a ese cuerpo político, se somete libremente a soportar todas las cargas y se hace solidario de la defensa de los intereses generales, siendo así que podría romper todas las relaciones naturalizándose en el extranjero. Cuando ese individuo fija su domicilio en país extranjero, ya no es el hombre físico, es el hombre social, es el nacional de tal nación, el súbdito de tal soberano. Ofrece como principal garantía de sus actos su propia nacionalidad y la protección de su soberano. Puede, por lo tanto,

pedir que su condicion, su capacidad y sus derechos, tales como estan determinados por la ley de su nacion, sean respetados, no en virtud de los tratados, sino en virtud de los principios de derecho publico que regulan las relaciones de los Estados soberanos. Por otra parte, el soberano territorial no puede tener ningun interes en apartar al extranjero de la sujecion a su ley natural y aplicarle las leyes hechas por sus propios subditos. Su unico derecho es impedir que se invoque una ley extranjera en lo que pudiera ofender a los principios de orden publico y a las instituciones politicas y constitucionales de su Estado.

Resulta, pues, que el estado y la condicion juridica de las personas deben estar regidos por la ley de la nacion a que pertenecen, con tal de que no este en contradiccion con los principios de orden publico del Estado en que reside el individuo.

46 Como complemento de los argumentos adoptados hasta ahora para probar que nuestra doctrina es preferible a la de nuestros contradictores, vamos a confirmarla con la autoridad del derecho romano y a hacer notar al mismo tiempo algunos inconvenientes que surgen, al admitir la opinion contraria.

No encontramos, ciertamente, en el derecho romano muchos principios para resolver los conflictos de las leyes de los diferentes Estados. Varias de las que se citan contienen mas bien principios de derecho civil y sirven para resolver los conflictos en el interior de un Estado y para determinar las competencias. Las relaciones entre los romanos y los extranjeros, y las de estos entre si, eran apreciadas por el juez segun el *jus gentium*, salvo en los casos en que la ley declaraba expresamente que podia tambien existir una relacion entre los ciudadanos y los extranjeros, en cuyo caso esa relacion se regia por el derecho civil.

No obstante, en ciertas cuestiones de Estado y de sucesiones, cuando los individuos eran del mismo país, se les aplicaba su ley

Según una regla de derecho sancionada por un senado consulto del tiempo de Adriano, el hijo nacido de un matrimonio celebrado *secundum leges morisque peregrinorum*, seguía la condición de su padre, cuando en la época del nacimiento solamente la madre y no el padre había obtenido el derecho de ciudadanía romana «*Peregrina si vulgo conceperit, deinde civis romana facta sit et pariat, civem romanum parit si vero ex peregrino cui SECUNDUM LEGES MORESQUE PEREGRINORUM CONJUNCTA EST, videtur peregrinus nasci* (1) » De suerte que el *status* de los *legitime concepti* estaba regido *secundum legem morisque peregrinorum* en la época de la concepción

La obligación del *fidejussor* no pasaba a los herederos como la del *fidejussor*, sin embargo, se admitía una excepción cuando el *fidejussor* era un *peregrinus* y cuando la ley positiva de la ciudad a que pertenecía era diferente de la ley romana «*Sponsoris et fidejussoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidejussore quarimus, ET ALIO JURE CIVITAS EJUS UTATUR* (2) »

Los que no eran ni *cives* ni *latini* sino solamente *peregrini* y con ciertas restricciones (*dedititio numeró*), no podían hacer en Roma un testamento válido, ni como ciudadanos romanos, porque no tenían el título de tales, ni como *peregrini*, porque no eran ciudadanos de ninguna ciudad «*Is qui dedititio numeró est, testamentum facere non potest, quoniam nec quasi civis romanus testari potest cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus QUONIAM NULLUS CERTI CIVITATIS CIVES EST, ET ADVERSUS LEGES CIVITATIS SUAE TESTETUR* (3)

(1) *Gaii Comm* I § 92

(2) *Idem id* III § 120

(3) *Ulpiano Frag* tit 20 § 14

Por consiguiente, si pertenecían a una ciudad determinada, si la ley de su nación reconocía el derecho de testar y si había reglas especiales para el ejercicio de este derecho, podían hacer en Roma un testamento válido según las leyes de su patria.

Por los textos citados se puede deducir que el derecho de ciudadanía en una ciudad determinaba para cada individuo el derecho local, al cual estaba personalmente sometido y según el cual debía ser juzgado.

No reproduciémos las doctas consideraciones de Savigny (1) sobre las importantes diferencias jurídicas del *origo* y del *domicilium* según el derecho romano, nos contentáremos solamente con observar que el imperio romano ha sido una vasta aglomeración de comunidades cívicas, en gran parte municipios y colonias, y de comunidades secundarias, teniendo cada una su constitución más o menos independiente, sus magistrados, su jurisdicción y hasta su legislación especial. Esta organización, que fue primeramente la de Italia, llegó a ser, en tiempo de los grandes juristas, es decir, en los siglos II y III de la era cristiana, la organización de todo el imperio, de modo que sus habitantes pertenecían, o a la ciudad de Roma, o a una de estas *comunidades* designadas con el nombre de *civitates* o *republicas*. Cada individuo estaba en relación inmediata con la ley de su propia *comunidad*, y esta relación se establecía, o por la ciudadanía, o por la residencia en el territorio de aquélla. La ciudadanía se adquiría de diferentes maneras: « *Municipem aut nativitas facit, aut manumissio, aut adoptio* (2) » Sin embargo, el modo más ordinario para adquirir la era el nacimiento, hasta tal punto, que se designó con la palabra *origo* esa relación y el derecho que confería. *Cives quidem origo, manumissio, allectio, vel adoptio, incolae vero domicilium facit* (3) » Los de

<sup>1</sup> Savigny *Tratado de Derecho Romano* t. VIII 350 á 359

[2] Cód. I VII *De incolis* x 39

[3] Cód. I VII *De incolis* x 39

te de hecho en el intervalo que media entre el abandono y la constitucion del nuevo domicilio, puede decirse con razon que no tiene ninguno. Puede tambien suponerse una pluralidad de domicilios «*Jurisprudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxerit ut non ideo minus apud alteros se colosse videatur*» (1) ¿Se admite en este caso una pluralidad de capacidades? Bugundius responde afirmativamente. Expone, en efecto, el caso de una mujer casada en Gante (en donde era necesaria, la autorizacion del marido), la cual habia establecido un segundo domicilio en donde esta autorizacion no era necesaria, dice que los contratos hechos por esta mujer en su segundo domicilio, aunque no autorizados, deben ser considerados como validos «*Nec enim stipulantis interest quare an unicum aut plura promisor statuerit domicilia, satis est enim si a regionis juris scripti ubi mulier domicilium habebat conditionem ejus intelligat*» (2) »

\* Todo lo que hemos dicho hasta ahora nos parece suficiente para justificar la razon por la cual aceptamos el principio establecido por el art 6º del Código Civil italiano, de que «el estado y la capacidad de las personas de

1 L 6 § 2 *Ad municip* 1 1

(?) Bugundius *Ad consuetudinem Islandiae* tratado 2 numero 8 pagina 5 ¿Puede una persona dejar de tener domicilio ó tener muchos á la vez? Esta cuestion se ha discutido ya muchas veces y M Valette es el que le ha dado la verdadera solucion. No hay duda dice que casi siempre se tiene un domicilio primitivo que sólo se pierde por la adquisicion de otro pero no podemos admitir que esto suceda en todos los casos y sin excepcion ninguna. Ciertas gentes pueden llevar una vida errante y transmitirla de padres á hijos sin tener en parte alguna una residencia fija. Es indudable que remontándose por sus ascendientes podria hallarse un individuo sedentario que tuviese un domicilio fijo pero seria una puerilidad querer unir sus descendientes a un lugar en donde no tienen ni en ellos alguno y en donde quizá no han vivido nunca.

La segunda cuestion puede decirse con seguridad negativamente. Es imposible en efecto hallar un hombre que tenga su residencia principal en muchos lugares y que su sucesion se verifique á la vez en diferentes puntos. Lo que puede suceder es que una persona tenga su domicilio aparente distinto de su domicilio real y este obligado á soportar las consecuencias de este domicilio aparente que se ha dado mas cuando se trate de una sucesion ó de un lugar la tutela ó una adopcion habria que buscar el principio verdadero

en estar regidas por la ley nacional,\* principio conforme  
la opinion que habíamos manifestado en una de nuestras  
obras antes de la publicacion del mismo Código (1) Re-  
hazamos, no solo la opinion de los que sostienen la pre-  
sencia de la ley del domicilio actual de la persona, sino  
ambien todas las distinciones que podrian hacer dudosa  
la aplicacion del principio

48 Algunos autores han querido distinguir las califica-  
ciones juridicas de la persona considerada en si misma,  
es decir, en el estado abstracto de su capacidad o de su  
incapacidad para hacer ciertas cosas (2) Han aceptado  
que el estado abstracto debe estar determinado segun la  
ley personal, pero que la capacidad de la persona para  
hacer ciertas cosas debe regirse por la ley del pais en que  
quella tiene lugar Admitiendo esta distincion, se deduce  
que deberia aplicarse la ley nacional para decidir si una  
mujer esta o no casada, si un menor esta o no bajo tutela,  
pero que, para decidir si la mujer tiene o no necesidad de  
la autorizacion del marido, si el menor tiene o no necesi-  
dad del tutor y de la autorizacion del tribunal, debe apli-  
carse la ley del lugar en que se ha verificado el hecho

No estamos conformes con esta distincion Cuando la  
ley declara a un individuo mayor o menor de edad, no re-  
conoce en él una cualidad abstracta, sino que le conside-  
ra capaz de hacer ciertos actos en oposicion con ciertas  
incapacidades interiores propias de la menor edad En  
suma, las cuestiones relativas a los efectos juridicos que  
proviene de las calificaciones personales y las cuestio-  
nes de estado estan tan intimamente ligadas, que no pue-  
nen resolverse por razonamientos diferentes Admitiendo  
la distincion que combatimos, se convertirian en mudables  
el estado y la capacidad

---

(1) Véase *Dritto pubblico internazionale* parte 1.<sup>a</sup> sección 1.º capítulo VIII  
págs 181 y 82

(2) Meier *De conflictu legum* t I pág 198



Puede acontecer, en efecto, que la ley del lugar en que interviene el acto jurídico conceda al individuo una capacidad mas extensa que la ley de la patria ¿se querra justificar el fraude a la ley y sostener que el individuo ha adquirido la capacidad necesaria por medio de un corto viaje? Por otra parte, ¿como se podia sostener que el individuo que es capaz en su patria de consumir un acto, se hace incapaz estableciéndose en territorio extranjero? Su pongamos que un menor, ciudadano de una nacion regida por el Derecho Romano, toma dinero a préstamo en territorio extranjero sin el consentimiento de su padre Creemos que, no pudiendo el menor pedir prestado sin el referido consentimiento (*senado-consulto macedonio*), el préstamo sera nulo cualquiera que sea la ley del lugar en que se haya realizado el contrato

Por el contrario, los partidarios de la opinion opuesta estiman que, para decidir si ese individuo es menor y si esta sujeto a la patria potestad, se debe aplicar su ley personal, pero que, para decidir de la validez del préstamo, se debe aplicar la ley del lugar en que se ha prestado el dinero, y si esta no exigia el consentimiento del padre, el menor pudo validamente tomar dinero a préstamo La capacidad, por lo tanto, se habria hecho mas extensa Todas las razones que dan consisten en que, no pudiendo los ciudadanos conocer exactamente de que actos es capaz el individuo segun su ley personal, podrian ser perjudicados si el extranjero se prevale de su ley para anular ciertos actos valederos, pero si toda la fuerza de la argumentación consiste en reproducir inconvenientes, no encontramos ninguna razon para preferir su doctrina, puesto que con ella aumentan éstos en vez de disminuir

Las leyes positivas respecto a la capacidad para girar una letra de cambio y los efectos jurídicos de semejante acto, son diferentes Si se hubiese de juzgar de la capacidad abstracta del que gira segun su ley nacional, y de la

capacidad de girar la letra de cambio según la ley del lugar en que ha sido extendida, sería muy fácil de eludir su propia ley, simulando que la letra de cambio ha sido extendida en un lugar diferente, y los inconvenientes prácticos no serían ciertamente pequeños. Del mismo modo, una mujer italiana, capaz de prestar caución según nuestras leyes y que la diese en Roma, podría prevalecerse el senado consulto veyano para invalidar su obligación, si como también un individuo que tuviese sus bienes en distintos territorios, tendría una capacidad diferente para disponer de ellos según las distintas legislaciones de los lugares en que se hallasen sus propiedades. Estos inconvenientes prácticos son mayores que la dificultad de conocer la ley personal del extranjero en el lugar en que se realiza el acto, la cual puede al menos ser eludida. La prudencia aconseja, cuando se estipula con un extranjero que no se conoce su condición, que se tomen informes exactos y se le pida un fiador.

49 Ha habido también autores que, partiendo del principio general de que los jueces deben observar las leyes de su nación en la decisión de las controversias (1), han dicho que, para decidir sobre la validez de los actos jurídicos, debe aplicarse la ley del lugar en que se produce el litigio. Estos mismos autores se apoyan también en la razón de que es prácticamente imposible, o por lo menos difícil, que los jueces conozcan las legislaciones de todos los países y que se presten a aplicarlas. Admitimos que los jueces no tengan la obligación de conocer todas las legislaciones, pero cuando la parte interesada invoca la aplicación de la ley a que se halla sometida, el juez no debe negarse a hacerse cargo de ella y a aplicarla. No se convierte por esto en agente de un legislador extranjero, no es el agente de ningún soberano, sino un ministro de

---

1 Zacarrie *Curso de derecho civil frances* § 31

la justicia que ejerce su poder subordinando los hechos a las máximas del derecho

50 La única excepción razonable del principio que hemos desarrollado es que los efectos jurídicos que emanan del estado y de las calificaciones personales, no pueden valer en territorio extranjero, cuando contradicen principios de orden público en vigor en el lugar en que el individuo quiere ejercer sus derechos. Así, por ejemplo, el judío y el que está sujeto al derecho de mano muerta, declarados capaces de adquirir inmuebles, no podrían pedir la aplicación de su ley personal en un Estado que los considerase como absolutamente incapaces, y al contrario, un individuo declarado hereje y considerado en su patria como incapaz de ejercer los derechos civiles, que hubiese adquirido estos y ejecutado actos jurídicos en una nación extranjera que considerase como inmortal esta especie de incapacidad, no podría invocar la ley de su patria contra el derecho público de esa nación, que declarase esencialmente distintas las instituciones civiles y religiosas. Lo mismo puede decirse de la incapacidad jurídica de un esclavo, puesta a discusión ante un tribunal de un Estado que no reconozca la esclavitud, y de la incapacidad absoluta de una mujer por razón del sexo. Ciertamente que una mujer casada que hubiese contraído válidamente una obligación en Italia con el consentimiento del marido, no podría, para invalidar su obligación, pedir a nuestros tribunales italianos la aplicación de su ley, en virtud de la cual es incapaz de contraer una obligación por razón de su sexo. Según nuestras instituciones italianas, la mujer es una persona jurídica, es capaz de obligarse, y no puede admitirse que deba estar perpetuamente en tutela, y que cualquiera que sea su edad este jurídicamente incapacitada.

La incapacidad que emana de la muerte civil, aun cuando sea parcial y en virtud de una condena judicial, sea

ineficaz en un Estado que no haya sancionado semejante disposición. Efectivamente, la privación de los derechos civiles, ya total, ya parcial, es siempre la consecuencia legal y el accesorio de una condena. Verdad es que se ha dicho que era preciso considerarla más bien como una modificación de estado que como una pena, porque por sí misma no forma el objeto directo de la condena, pero, de hecho, resulta virtualmente, de pleno derecho, de las penas a las cuales la ley ha atribuido este efecto, y es la misma y por los mismos motivos, que si hubiese sido pronunciada como pena principal. El magistrado dicta, en efecto, la pena, pero esta tiene un doble carácter: es aflictiva y penal y hiera el estado civil del sentenciado modificando notablemente su condición jurídica y su estado personal. Por consiguiente, aunque las leyes personales acompañan poder a la persona, sin embargo, considerando que las penas y las condenas criminales no se aplican ni se ejecutan fuera de los límites en que manda la autoridad pública en cuyo nombre han sido sentenciados, la privación parcial o total de los derechos civiles causada por las condenas judiciales no tendría ningún valor cuando la persona se traslade a territorio extranjero. De todo lo cual se deduce que el extranjero debe gozar de una *extraterritorialidad* relativa en el sentido de que su estado y su capacidad jurídica deben estar regidos por su ley nacional, con tal que su aplicación no quebrante los principios de orden público del lugar del domicilio o del lugar en que quiere hacer valer sus derechos.

51 La máxima que hemos establecido respecto de la ley que debe regir el estado y la capacidad jurídica de la persona, no ha sido sancionada de un modo uniforme por las legislaciones positivas de los diferentes Estados.

El Código Civil italiano dispone en el art. 6.º que «El estado y la capacidad de las personas y las relaciones de familia están regidos por la ley de la nación a que perte-

necen, » Este principio se halla enteramente conforme con la doctrina que sostenemos

Por el contrario, el Código Prusiano tiene una disposición que confirma la doctrina que hemos combatido "Las calificaciones personales y las capacidades de cada uno estan regidas por la ley del lugar en que la persona tiene su domicilio real (art 23)" Esta disposición se refiere a los subditos prusianos y no hace distinción, ya ejerzan sus derechos en una de las provincias de Prusia regidas por una ley diferente, ya en una nación extranjera

En cuanto a los extranjeros, establece la misma ley

"Los subditos de los Estados extranjeros que residen ó tienen negocios en Prusia deben ser juzgados igualmente segun las disposiciones precedentes (art 34)" Por consiguiente, la ley a que esta sometida la persona por su misma es, segun la legislación prusiana, la del lugar en que aquella esta domiciliada. A esta regla general, sin embargo, se ha hecho una excepcion especial relativa a la capacidad para contratar. Considerando el legislador que los ciudadanos pueden ignorar la ley que esta en vigor en el lugar del domicilio de la persona con quien contratan, ha establecido que «los extranjeros que contratan en Prusia objetos que se encuentran allí, deben ser juzgados respecto a su capacidad para contratar, segun la ley mas favorable a la validez del contrato (art 35)» Por lo tanto, un contrato hecho en Berlín por un frances mayor de veintiun años es valedero, porque la ley francesa fija la mayor edad a los veintiun años cumplidos, y un contrato hecho por un individuo domiciliado en una nacion regida por el derecho romano y que tuviese veinticuatro años de edad es tambien valedero, porque aunque la ley de su domicilio fije la mayor edad a los veinticinco años cumplidos, se aplicaria la ley prusiana que la fija a los veinticuatro años

En la legislación francesa hallamos que el principio

sostiendo por nosotros esta sancionada respecto a los franceses que residen en el extranjero, pero no en cuanto a los extranjeros que residen en Francia. El art 3º, párrafo 3 del Código Civil francés establece que “Las leyes relativas al estado y a la capacidad de las personas rigen a los franceses aun cuando residan en pais extranjero” Por consiguiente, el francés no puede, en territorio extranjero, estipular válidamente sobre cosas de que estaría incapacitado para hacerlo en Francia, aun cuando, en virtud de la ley del territorio en que se encuentre, tuviese capacidad para ello, como tampoco puede en ningun caso prevalecer en Francia de las disposiciones de una ley extranjera para dudarse, tocante a su capacidad, de la validez de lo estipulado por el en territorio extranjero. ¿Pero las disposiciones del párrafo 3 del art 3º pueden aplicarse también a los extranjeros que residen en Francia? ¿Estarian estos bajo el imperio de sus leyes nacionales en todo lo que concierne a su estado o su capacidad, o les es aplicable la ley personal francesa, como piensan algunos (1), después de la autorización que les ha sido concedida por el gobierno para establecer su domicilio en Francia?

Los compiladores del Código de Napoleon se han abstenido de resolver esta importante cuestion. No han prescripto formalmente la aplicación de las leyes extranjeras en sus controversias relativas al estado y a la capacidad jurídica de los extranjeros, tal vez por el temor de establecer una regla que hubiera podido comprometer intereses franceses dignos de proteccion. Merlin dice que del principio de que las leyes francesas relativas al estado y a la capacidad de las personas rigen a los franceses aun cuando residan en territorio extranjero, se deduce naturalmente que, por reciprocidad, las leyes que rijan al es

[1] Demante, *Condicion de los extranjeros en Francia* p 61

tado y a la capacidad de los extranjeros seguir en a éstos en Francia y que los magistrados deben juzgar en virtud de esas leyes (1) Los autores franceses y la jurisprudencia aceptan como regla general este principio, pero también es cierto que la legislación no pone en claro los puntos dudosos, que se ha dejado gran parte al buen juicio de los magistrados, que ilustres jurisconsultos han hecho varias excepciones al principio, y que, por último, si los tribunales, sin motivos suficientes, se negasen a aplicar la ley nacional de los extranjeros, no podrían por ese solo motivo ser declarados transgresores de la ley fiuncsa e incurrir, por consiguiente, en la censura del Tribunal de Casacion, puesto que de hecho la ley no tiene una prescripción formal

En el antiguo Código de las Dos Sicilias hallamos disposiciones de derecho positivo en oposicion absoluta con la doctrina que hemos establecido El art 5º estaba concebido de esta manera «Las leyes obligan a todos aquellos que habitan el territorio del reino, sean ciudadanos o extranjeros, esten domiciliados o de paso » Este mismo principio está sancionado por el Código Civil de los Países Bajos, el cual somete completamente a los extranjeros a las leyes holandesas «El Derecho civil del reino es el mismo para los extranjeros que para los holandeses, y no sea que la ley establezca expresamente lo contrario (art 9º) »

La legislación rusa tiene también una disposicion semejante «El extranjero, durante todo el tiempo que permanezca en Rusia, está sometido en cuanto a su persona y sus bienes a las disposiciones de las leyes rusas y tiene derecho a su protección (*Leyes personales, IX, 902*) » Puede hacer toda clase de contratos, de obligaciones ó de convenios, sea con un extranjero o con un ruso, sin embargo,

---

[1] Merim Report *Ley* s(º num 6

si la obligación ha de tener efecto en el imperio, debe ser en el fondo y en la forma, conforme a la legislación de aquel

No nos proponemos reproducir todas las disposiciones de derecho positivo relativas al estado y a la capacidad jurídica de las personas (1) y que pueden clasificarse en una de las cuatro categorías que hemos establecido. No tenemos tan solo que son muy pocas las que han sancionado la doctrina sostenida por nosotros, la cual se halla aceptada únicamente por la legislación italiana y por la de Bélgica, habiéndola encontrado también claramente formulada en el art 4º del Código Civil del cantón de Berna, el cual se halla redactado de este modo: "Las leyes civiles se aplican a las personas y a las cosas sometidas a la soberanía del Estado. No obstante, los ciudadanos de Berna en el extranjero y los extranjeros en Berna sean juzgados en cuanto a su capacidad personal según las leyes de su patria respectiva. Las formalidades de los actos se juzgan por la ley de la nación en que fueron formalizados." Este hecho prueba que hay todavía mucho que hacer, para que los principios que hemos sostenido sean aceptados por todos los Estados.

Nadie puede negar que la vida jurídica de las naciones ha cambiado notablemente desde la compilación de los Códigos, y que deberían modificarse varias disposiciones para poner el derecho positivo al nivel de los progresos de la ciencia. Pero la de que las legislaciones no sancionen nuestra doctrina no es una razón suficiente para creer mejor la opinión que hemos combatido. La ciencia no debe apoyarse únicamente en la autoridad de los códigos escritos, pues entonces el progreso de la legislación sería imposible. Si es un hecho notable que en la mayor parte de las legislaciones de Europa no se encuentra el princi-

---

[1] Véase Félix num 52 — A de Saint Joseph *Concordancia de los Códigos* — Savigny § 363 — Schæffner § 13 58



pio que hemos sostenido, no es menos digno de serias consideraciones el que los dos códigos mas modernos, el belga y el italiano, que han tenido en cuenta los últimos resultados de la ciencia, sancionen nuestro principio, como también lo es que todas las legislaciones positivas, incluso la rusa y la inglesa, admitan como máxima general que las leyes que rigen el estado y la capacidad personal del individuo, le acompañan adonde quiera que vaya a habitar. Pues que esta disposición, que se encuentra en todos los códigos, sea una verdad, debe admitirse la disposición recíproca, es decir, que el Estado y la capacidad personal del extranjero deben estar regidos por la ley de su patria, y que sería preciso sancionar como regla general que la ley personal de cada uno es la de la nación a que pertenece el individuo

---