

LEVES PERSONALES Y REALES

117

CAPITULO III.

DEL EFECTO DE LAS LEYES EN CUANTO Á LAS PERSONAS Y EN CUANTO Á LOS BIENES

§ 1º Principios generales

73. ¿La ley se dirige á todos los habitantes del territorio sobre el que se extiende la soberanía de la nación cuyo órgano es el legislador? ¿La ley debe ser aplicada á los extranjeros lo mismo que á los indigenas? ¿Cuando la ley del extranjero está en pugna con la del país donde él reside, cuál debe aplicarse? ¿Debe tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes, muebles ó inmuebles? Las mismas cuestiones se presentan cuando un francés reside en el extranjero: si practica allí actos jurídicos ¿por qué ley se regirán éstos? ¿Por la ley francesa ó por la ley extranjera? El código no responde á estas preguntas sino de una manera incompleta. De allí proceden dificultades intrincadas. El intérprete se convierte en legislador, y esto conduce á tantas teorías como hay jurisprudencias. Por esto es por lo que comenzamos con la exposición de los principios generales, tales como están formulados en nuestros textos.

74. Es inútil decir que la ley se ha hecho para los indigenas. Ella los rige en todas sus relaciones jurídicas. Pero ¿continúa rigiéndolos cuando van á residir al extranjero? Suponemos que conservan su nacionalidad y que permanecen siendo Franceses. El artículo 3 del Código civil responde que: «las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas, rigen á los franceses aun cuando

residan en país extranjero.» Estas leyes se llaman *personales*, porque son inherentes á la persona; y el francés no puede sustraerse á ellas abandonando su patria. Si es menor de edad, según el código, permanecerá siendo menor en el extranjero y por tanto incapaz. ¿Cuál es el fundamento de la personalidad de las leyes que arreglan el estado de las personas y su capacidad? Portalis no da más que una razón en la segunda exposición de los motivos del título preliminar: «Un francés, dice, no puede defraudar las leyes de su país para ir á contraer matrimonio en país extranjero, sin el consentimiento de su padre y madre, antes de la edad de 25 años. Citamos este ejemplo entre otros mil semejantes para dar una idea de la extensión y fuerza de las leyes personales.» Portalis agrega que los pueblos tienen hoy entre sí más relaciones que las que tenían en otros tiempos, é infiere de eso que es más importante que nunca, fijar la máxima de que en todo lo relativo al estado y la capacidad de la persona, el francés en cualquiera parte que esté, continúa siendo regido por la ley francesa (1).

Existe una razón más profunda de la personalidad de estas leyes. Son inherentes á la cualidad de francés y Portalis hace de ella la referencia: «Basta ser francés para ser regido por la ley francesa en todo lo relativo al estado de la persona.» La personalidad contiene, pues, la nacionalidad y es una cuestión de raza. Nuestros antepasados los Bárbaros, eran regidos, en todas sus cosas, por la ley de su tribu, y la llevaban consigo á todas partes adonde iba. Hoy no existen ya más que ciertas leyes que sean personales, en el sentido de que acompañan á la persona y no la abandonan, por largo que sea el tiempo que ella conserve la nacionalidad de donde éstas se derivan. Efectivamente, las leyes llamadas personales emanan de la nacionalidad. Son los mil elementos físicos, intelectuales, morales, políticos y cons-

1 Portalis, Exposición de los motivos, hecha en la sesión del cuerpo legislativo del 4 ventoso, año XI (Loché, t. 1º, p. 304).

titutivos de la nacionalidad, los que también determinan el estado de las personas y su capacidad ó incapacidad. ¿Por qué en los países del Mediodía se permite el matrimonio á la edad de 12 años, mientras que la época en que puede casarse se retrasa á medida que se aproxima uno más al Norte? Cuestión de clima. Luego el clima desempeña un gran papel en la formación de las nacionalidades y en los caracteres que las distinguen. La misma pregunta y la misma respuesta en lo que toca á la edad y la mayoría, salvo que aquí las costumbres políticas ejercen tanta influencia como las causas físicas. Puesto que las leyes personales son la expresión de la nacionalidad, es natural que sigan al francés en el extranjero; porque forman parte de su individualidad y hasta cierto punto están introducidas en su sangre: ¿cómo podría emanciparse de ellas? (1). No lo puede hacer sino cambiando de nacionalidad, pero entonces se somete á una nueva ley personal.

75. ¿En qué sentido las leyes personales siguen á la persona hasta en el extranjero? Portalis supone que un francés contrae matrimonio en país extranjero; las leyes que rigen el matrimonio son leyes personales; luego el francés permanece sometido á ellas no importando donde se haya casado. Se casa, á la edad de 21 años en Inglaterra; y las leyes inglesas permiten el matrimonio á esta edad sin el consentimiento de los padres; mientras que el código no lo permite sino hasta los 25 años. El francés no podrá casarse en Inglaterra ántes de los 25 años, sin el consentimiento de sus padres. Si se casase antes de esta edad, sin haber obtenido el consentimiento de sus ascendientes, su matrimonio no tendría valor alguno en Francia. Hé aquí una primera consecuencia, que es evidente, de la personalidad de las leyes. ¿Se pregunta si los

1 La corte de Bruselas decidió y con razón que no se podía renunciar su estatuto personal; porque una renuncia semejante sería evidentemente nula en virtud del artículo 6º del Código civil (Sentencia de 29 de Julio de 1865 en la *Passivité*, 1866, 2, 57.)

magistrados ingleses pueden celebrar el matrimonio de un francés que es incapaz de casarse conforme á las leyes francesas? Es cierto que el legislador francés no puede mandar ni prohibir á los magistrados extranjeros. Las leyes personales, no más que las otras leyes, carecen de fuerza coactiva fuera del territorio sobre el que se extiende la soberanía del legislador. Rigorosamente los magistrados ingleses podrán no tener en cuenta de ninguna manera las leyes francesas que arreglan el estado y la capacidad de los franceses. Rigorosamente las leyes inglesas podrán permitir el matrimonio de los franceses á la edad de 21 años sin el consentimiento de sus padres. Tal es el derecho estricto que emana de la soberanía absoluta de cada nación, en los límites de su territorio. Sin embargo, de hecho, el principio de las leyes personales está admitido en la mayor parte de los Estados, y ésto no sucede porque estén obligados á ello; lo hacen, dicen los autores, por condescendencia, por cortesía (1). ¿No sería más cierto decir que lo hacen por necesidad, porque en ello están interesadas? Si quieren que en el extranjero se respeten las leyes personales que rigen su nación, es necesario que manifiesten el mismo respeto á las leyes personales de los demás Estados; porque la igualdad reina entre las naciones; y lo que la una no concede lo rehusará la otra. Estando todas interesadas en que el principio de las leyes personales se admita, este principio se convierte en una regla de sus relaciones; y lo que no era más que *cortesía ó necesidad*, acaba por ser un *derecho*.

76. Al decir el Código civil que las leyes personales rigen á los franceses, aun residiendo en país extranjero, ¿entiende limitar á esas leyes el dominio que el legislador ejerce sobre los franceses que residen en el extranjero? No, porque el mismo artículo 3^o dice que los inmuebles, aun

1 Foelix, *Tratado del derecho internacional privado*, p. 18 y siguientes; Valett en Proudon, *Tratado sobre el estado de las personas*, t. 1^o, p. 79.

poseídos por los extranjeros. están regidos por la ley francesa. Este principio se aplica sin duda alguna á los franceses que habitan en un país extranjero y que poseen inmuebles en Francia. El francés permanece sometido á las leyes de su país por todos sus derechos inmobiliarios cuando esos inmuebles están allá situados. Ahí no se detiene el dominio de las leyes francesas sobre los franceses que residen en el extranjero. El artículo 999 dice que un francés que se encuentre en país extranjero, podrá hacer sus disposiciones testamentarias por acta firmada en papel simple, tal como está prescrito en el artículo 970 conforme á las leyes francesas. Lo que el Código dice del testamento firmado en papel simple, se aplica, por analogía, á todos los actos firmados en papel simple. La ley nada dice del fondo de las disposiciones. Más adelante, diremos que la doctrina extiende al fondo lo que el artículo 999 dice de la forma, es decir, que los convenios que los franceses celebran en el extranjero son regidos por la ley francesa. El principio de las leyes personales es pues más extenso de lo que ordinariamente se cree; y puede decirse que *él abraza todas las relaciones jurídicas de los franceses, mientras que ellas son de derecho privado.*

77. ¿Es también la ley francesa la que rige á los extranjeros residentes en Francia? El artículo 3 los somete á la ley francesa para dos especies de leyes. En primer lugar las leyes de policía y de seguridad obligan á los extranjeros lo mismo que á los franceses. Portalis ha explicado muy bien las causas en que se funda este principio. Cada Estado tiene el derecho y el deber de velar por su conservación. Ahora bien, ¿cómo podría un Estado mantenerse y conservarse teniendo en su seno hombres que impunemente pudieran violar su policía y perturbar su tranquilidad? El extranjero no puede quejarse de que se le apliquen las leyes penales; pues desde que pone los piés en el suelo francés, está protegido por sus leyes en su persona

y en sus bienes, y por lo mismo debe respetarlas á su vez (1). El no puede pretender que los delitos que comete en Francia deban ser castigados por la ley de su país. La personalidad de las leyes germánicas iba hasta allí; pero esto era colocar al individuo sobre el Estado; y cuando se trata de su seguridad y de su tranquilidad, cada Estado tiene derecho de prescribir las medidas que juzgue necesarias para su conservación; y el derecho del Estado en esta materia, domina necesariamente el de los individuos. No tiene que inquirir á qué nación pertenecen los que perturban su tranquilidad y comprometen su seguridad con actos ilícitos; porque la nacionalidad nada tiene de comun con los delitos; y desde que el orden público está herido, es necesario que se aplique la ley penal, sin que haya que distinguir entre el extranjero y el indígena.

78. El artículo 3^o dice también que los extranjeros, residan ó no en Francia, están regidos por la ley francesa en lo concerniente á los inmuebles que allí posean. Se llaman *reales* las leyes que rigen los inmuebles. El código asienta el principio de que las leyes reales tienen su aplicación á todos aquellos que poseen inmuebles situados en Francia, ya sean extranjeros ó franceses. ¿Por qué la ley de la situación de los bienes se impone sobre la ley de la persona? Portalis invoca la soberanía. El soberano, dice, tiene el *dominio eminente*, lo que quiere decir, no que cada Estado tiene un derecho de propiedad sobre todos los bienes de su territorio, sino que el poder público tiene el derecho de arreglar la disposición de los bienes por las leyes civiles, de poner sobre esos bienes, los impuestos proporcionados á las necesidades públicas, y de disponer de ellos por causa de utilidad pública. Desde que existe un interés general por causa, se concibe que la ley extienda su dominio sobre las partes todas del territorio. Es más difícil comprender

1. Portalis, Exposición segunda de los motivos del título preliminar. (Locré, t. 1^o, p. 304 y siguientes).

por qué la ley del lugar donde los bienes están situados, debe arreglar necesariamente su disposición, cuando no hay en juego más que intereses privados. Portalis insiste en la indivisibilidad del poder soberano, porque es de la esencia de la soberanía el ser indivisible; y debe extenderse sobre todo el territorio como se extiende sobre todas las personas que lo habitan. La soberanía ya no quedaría entera, y quedaría dividida, si una parte del territorio estuviera sometida á leyes extranjeras. Puesto que el conjunto de los inmuebles forma el territorio público de un pueblo, es necesario que estén regidos exclusivamente por las leyes de ese pueblo, aun cuando una parte de los inmuebles estuviese poseída por extranjeros. En una palabra, la realidad de las leyes es una emanación de la soberanía; y los particulares que poseen los inmuebles, no pueden oponer al legislador su cualidad de extranjeros, y pedir que sus bienes queden sometidos á su ley personal; porque todos esos bienes reunidos forman el territorio del Estado, y relativamente á las naciones extranjeras, ese territorio debe ser uno solo, regido todo por el soberano ó el Estado.

Exponemos las razones del principio formulado por el artículo 3º, tales como las ha explicado Portalis, sin que se entienda que las aprobamos. Más adelante volveremos á esta materia. Por el momento, recopilamos los textos con sus motivos. Existen las *leyes reales*, así como existen las *leyes personales*; y tienen un carácter del todo diferente. Las que rigen la persona son siempre las mismas, no cambian según que la persona habite tal país ó tal otro, las siguen desde su nacimiento hasta su muerte en todas partes donde ella resida. No así las leyes reales que varían según los lugares donde los bienes están situados; el que posee bienes en tres ó cuatro países diferentes, estará sometido, en cuanto á sus bienes, á tres ó cuatro leyes diferentes, y aun contrarias. Esta oposición entre las leyes rea-

les y la ley personal es fuente de las dificultades algunas veces intrincadas que presenta esta materia. Un francés es regido por la ley francesa en lo relativo á su estado y su capacidad; y es regido por la ley belga, por la inglesa, y por la española en lo relativo á los bienes que posee en Bélgica, en Inglaterra y en España; pero la persona tiene un lazo íntimo con los bienes; y cuando en un hecho jurídico hay por causa la persona y los bienes, ¿qué ley se aplicará? ¿La ley personal ó la real? Antes de responder á esta cuestión, debemos completar la exposición de los principios establecidos por el código acerca de los extranjeros.

79. El artículo 3^o habla de las leyes á las cuales están sometidos los extranjeros; y nada dice de los derechos que goza. Estas dos cuestiones son conexas y sin embargo muy distintas. El artículo 11 asienta el principio de que el extranjero goza en Francia de los mismos derechos civiles que aquellos que son ó serán concedidos á los franceses por los tratados de la nación á la cual pertenece el extranjero. Esta disposición significa literalmente que, á falta de tratados, el extranjero no goza de los derechos civiles en Francia. Más adelante diremos que tiene una interpretación más favorable: subsiste siempre que, conforme al sistema del Código, hay derechos civiles cuyo goce no tiene el extranjero.

Decimos que están ligados el principio que rige los derechos civiles de que goza el extranjero y el principio de la ley personal ó real que rige los derechos que él ejercita. Efectivamente, antes de inquirir la ley que arregla el ejercicio de un derecho, debe verse si existe el derecho. Si hay derechos de los que está excluido el extranjero, es inútil buscar la ley que arregla á aquellos, si es la ley francesa ó la extranjera; y diremos mejor, la cuestión no debe ser agitada. Así, supongamos que el extranjero no tiene hipoteca legal en Francia, ¿á qué viene en este caso, examinar si la ley que estableció la hipoteca es una ley real ó

personal? Si, como en los tiempos primitivos, el extranjero no tenía derecho, la cuestión de la *realidad* ó de la *personalidad* de las leyes no habría ni aun podido nacer (1).

Este es el lazo que une los dos principios; pero hay también diferencias considerables. El artículo 11 no concierne más que á los derechos civiles, es decir, los derechos que el legislador estableció para los franceces, con exclusión de los extranjeros; y no se aplica á los derechos naturales, tales como el derecho de contratar. El artículo 3º, por el contrario, es general, y se aplica á toda especie de derechos. ¿Se trata de derechos naturales? el extranjero siempre goza de ellos; pero resta saber si esos derechos son regidos por la ley francesa ó por la extranjera: este es el objeto del artículo 3º. En cuanto á los derechos civiles, el artículo 3º no es aplicable, sino cuando el extranjero tiene el goce de ellos. Bajo el dominio del código no tenía el derecho de disponer y recibir por título gratuito; y desde entónces la cuestión de la realidad ó de la personalidad de las leyes que rigen las donaciones, los testamentos y las sucesiones no podía presentarse. Leyes posteriores al código han concedido al extranjero el derecho hereditario, y desde entónces es necesario examinar la ley por la cual se arregla el ejercicio de este derecho.

80. Existe todavía en esta materia un principio que es común á los extranjeros y á los franceces. Es un antiguo adagio, que las formas de un acto se determinen por las leyes del país en que ese acto se practicó. El libro preliminar extendido por los autores del Código civil lo había admitido (2), y estaba también consagrado por el proyecto del código sometido al cuerpo legislativo. En su exposición de los motivos del título preliminar, lo justifica Portalis, por una razón de necesidad: «en nuestros días,

1 Demangeat, en la *Revista práctica del derecho francés*, tomo 1º, p. 54.

2 Título IV, art. 6: «la forma de los actos está arreglada por las leyes del lugar en el cual se hicieron ú otorgaban.»

personal? Si, como en los tiempos primitivos, el extranjero no tenía derecho, la cuestión de la *realidad* ó de la *personalidad* de las leyes no habría ni aun podido nacer (1).

Este es el lazo que une los dos principios; pero hay también diferencias considerables. El artículo 11 no concierne más que á los derechos civiles, es decir, los derechos que el legislador estableció para los franceces, con exclusión de los extranjeros; y no se aplica á los derechos naturales, tales como el derecho de contratar. El artículo 3º, por el contrario, es general, y se aplica á toda especie de derechos. ¿Se trata de derechos naturales? el extranjero siempre goza de ellos; pero resta saber si esos derechos son regidos por la ley francesa ó por la extranjera: este es el objeto del artículo 3º. En cuanto á los derechos civiles, el artículo 3º no es aplicable, sino cuando el extranjero tiene el goce de ellos. Bajo el dominio del código no tenía el derecho de disponer y recibir por título gratuito; y desde entónces la cuestión de la realidad ó de la personalidad de las leyes que rigen las donaciones, los testamentos y las sucesiones no podía presentarse. Leyes posteriores al código han concedido al extranjero el derecho hereditario, y desde entónces es necesario examinar la ley por la cual se arregla el ejercicio de este derecho.

80. Existe todavía en esta materia un principio que es común á los extranjeros y á los franceses. Es un antiguo adagio, que las formas de un acto se determinen por las leyes del país en que ese acto se practicó. El libro preliminar extendido por los autores del Código civil lo había admitido (2), y estaba también consagrado por el proyecto del código sometido al cuerpo legislativo. En su exposición de los motivos del título preliminar, lo justifica Portalis, por una razón de necesidad: «en nuestros días,

1 Demangeat, en la *Revista práctica del derecho francés*, tomo 1º, p. 54.

2 Título IV, art. 6: «la forma de los actos está arreglada por las leyes del lugar en el cual se hicieron ú otorgaban.»

ne confianza en el testimonio de los hombres, allá se desconfía de él; aquí la ley prescribe tales condiciones para ser testigo, allá tales otras. Cuando se han observado las formas legales, es de presumirse que el acto será la libre expresión de la voluntad de las partes: desde entonces debe valer en donde quiera.

¿Por qué este principio formulado en el proyecto no fué admitido en el código? El Tribunado le hizo objeciones muy poco fundadas, debemos decirlo. Esta máxima, decía, jamás ha sido puesta en duda; pero la redacción podría ser mejor. El texto del proyecto no hacía más que reproducir el adagio latino: *el lugar rige el acto*. Esta regla tiene sus excepciones; ó mejor dicho, hay formas á las cuales no se aplica. ¿Será válido, preguntaba el Tribunado, el matrimonio que un menor de edad fuera á contraer sin el permiso de sus padres en los países italianos regidos por el concilio de Trento? No, ciertamente, respondía Portalis, y por una razón muy sencilla, que es la de que el consentimiento no es una forma, sino una condición del matrimonio; y no hay más que la forma en la cual se da el consentimiento, que esté regida por la ley del país donde se ha celebrado el matrimonio; y en cuanto á las condiciones que se requieren para su validez, tales como el consentimiento, pertenecen al estado de las personas y son regidas por la ley personal. La respuesta era decisiva. Esto no obstante, en el último proyecto sometido al cuerpo legislativo, el artículo fué retirado. ¿Quiere decir esto que el adagio no esté admitido en el derecho francés? El Tribunado mismo confiesa que era una máxima indisputable; y el código la ha consignado en muchas disposiciones (artículos 47, 170 y 999) (1).

81. Acabamos de resumir los principios establecidos por el Código civil sobre las leyes que rigen á los extran-

1 Merlin. *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núms. 7 y 8.

jeros. Están lejos de ser completos. ¿Cuál es la ley que rige el estado del extranjero y su capacidad? ¿Es la ley francesa ó la extranjera? El código no lo dice. ¿Cuál es la ley que rige los bienes muebles que el extranjero posee en Francia? El código no da una respuesta directa á esta cuestión, procediendo de aquí una grande diversidad de opiniones entre los autores y en la jurisprudencia. No es solamente el silencio del código el que da lugar á las controversias interminables. Y la incertidumbre es tambien grande cuando se trata de aplicar los principios puestos por el artículo 3º. Son principios tradicionales que el código tomó del derecho antiguo. En otro tiempo se llamaba *estatutos personales y reales* á lo que hoy se llama leyes *personales y reales*, y la distinción tuvo origen en la diversidad infinita de costumbres. Beaumanoir dice en el *Prólogo* de las antiguas costumbres de Beauvoisis: «las costumbres son tan diversas que no se podrían encontrar en el reino de Francia dos castellanías que enteramente tuvieran una misma costumbre.» Lo mismo sucedía en todos los países regidos por el derecho no escrito. En Alemania la diversidad se extendía á todo cuanto puede imaginarse. En Breslau había cinco leyes diferentes sobre el derecho de sucesión: y muchas veces el derecho variaba de una casa á otra; y, ¡cosa prodigiosa! tal casa, situada en el límite de dos jurisdicciones, era regida por dos leyes diferentes (1). Estas costumbres locales regían á los vecinos y á los conciudadanos; ¿qué ley debía aplicarse á sus relaciones: el estatuto que regía á la persona por razón de su nacimiento ó de su domicilio, ó el estatuto que regía los bienes por razón de su situación? La respuesta á esta pregunta no fué siempre la misma en las diversas épocas del derecho. En el siglo XVIII, la distinción de los estatutos personales y reales había alcanzado todo su auge. ¿Es decir, que había una doctrina fija y cierta?

1 Savigny, *Tratado de derecho romano*, t. VIII, p. 23, nota C.

D'Aguesseau, el ilustre canciller, formuló la distinción de los estatutos en estos términos: «El verdadero principio en esta materia es que se debe distinguir si el estatuto tiene directamente los bienes por objeto, ó su aplicación á ciertas personas, ó su conservación en las familias, de manera que no sea el interés de la persona cuyos derechos ó disposiciones se examinan, sino el interés de otro cuya propiedad ó derecho real que haya dado motivo para hacer la ley, se trata de asegurar; ahora bien, si por el contrario, toda la atención de la ley se ha fijado en la persona para decidir en lo general, acerca de su habilidad ó capacidad absoluta y general, como cuando se trata de menores ó mayores de edad, de padre ó de hijo legítimo ó ilegítimo, ó de hábil ó inhábil para contratar por causas personales. En el primer caso, el estatuto es real; y en el segundo, es personal.» (1).

El principio parece claro y sencillo, y sin embargo en el derecho antiguo los juriconsultos no estaban de acuerdo más que en un punto, la dificultad, mejor dicho, la imposibilidad contra la cual se estrellaban cuando querían aplicarla. Voet dice que las controversias sobre la realidad y la personalidad de los estatutos son casi insolubles (2). El Presidente Bohuier, talento muy preciso, declara: «que no hay cuestiones más intrincadas ni más espinosas» (3). El embarazo de Froland que escribió excelentes memorias sobre esta materia, es casi cómico. «Confesaré de buena fé, dice, que me engañé muy frecuentemente, á pesar de todas mis reflexiones. Cree uno ser muy hábil y haber descubierto el misterio, cuando sabe que el estatuto *real* es el relativo al fondo, y que el estatuto *personal* es aquel que concierne á la persona, y sin embargo, con todas es-

1. D'Aguesseau. Pedimento 51 (Obras. tomo IV, edición en 4.^o, p. 639 y siguientes. 660).

2 «Intricatissimæ ac prope inexplicabiles controversiæ.» Voet en las *Pandectas*. libro I, título IV, parte segunda, núm. 1.

3. Bohuier. Observaciones sobre la costumbre del ducado de Borgoña, capítulo XXIII (Obras. t. 1.^o, p. 634).

tas definiciones, todavía está uno en el alfabeto y sabe muy poca cosa, porque todo el punto de la dificultad consiste en descubrir y distinguir con toda precisión, cuándo el estatuto afecta únicamente al fondo y cuándo á la persona. He visto muchas veces á nuestros más excelentes genios encontrarse muy embarazados para hacer este discernimiento» (1). Froland no exagera. La ciencia del derecho no cuenta un nombre más grande que el de Carlos Dumoulin. Se le miraba como el oráculo del derecho no escrito y él fué el primero que fijó un principio jurídico que servía para distinguir los estatutos personales y reales, insistiendo en el objeto principal á que se dirigían; ahora bien, es tal el gran número de dificultades en esta materia, que se le acusaba de haberse engañado en la aplicación. Un jurisconsulto cuya autoridad es grande, le hizo una cruda guerra, y allí donde Dumoulin encontraba un estatuto personal, D'Argentré percibía un estatuto real. Inútil es decir que la jurisprudencia estaba dividida lo mismo que la doctrina (2).

82. El código puso fin en beneficio de las materias á las controversias y á las incertidumbres del derecho antiguo. Se limitó, en cuanto á los estatutos, á reproducir la teoría tradicional: y no hay más que esta diferencia, que las cuestiones que se agitaban en otras épocas entre diversas costumbres y entre los habitantes de un mismo país, no se presentan ya sino desde que se abrogaron las costumbres entre franceses y extranjeros; pero las relaciones internacionales, que diariamente adquieren mayor extensión, multiplican las dificultades. Habiendo mantenido el código la antigua doctrina, son los antiguos principios los que se invocan para resolverlas. Una sentencia de la corte de casación de 27 de Febrero de 1817 reprodujo textualmen-

1. *Memorias concernientes á la naturaleza y á la cualidad de los estatutos*, por Froland, t. 1º p. 13 y siguientes.

2. Froland, *Memorias*, t. 1º, p. 82 y siguientes, y 26 y siguientes.

te la distinción enseñada por d'Aguesseau, y Merlin siguió paso á paso los principios fijados por nuestros antiguos jurisconsultos y formulados en el siglo XVIII por Bouhier, Boullenois y Froland (1). Un autor moderno, que escribió un tratado sobre los estatutos, le hizo fuertes reproches. «Me parece ver, dice Mailher de Chassat, hábiles maestros en el arte de la esgrima, que comienzan vendándose los ojos, y se entregan en seguida á los más rudos asaltos, y ayudados de cierta industria que resulta de la costumbre y del instinto, se vuelven á encontrar algunas veces» (2).

Respetemos más á nuestros maestros y confesemos que no es á ellos á quienes es necesario asirse, si los más grandes no tocan más que en la incertidumbre. Es cierto que Merlin se ha engañado, porque en muchas cuestiones ha cambiado de opinión, considerando un solo y mismo estatuto, unas veces como personal, otras veces como real; ¿pero de quién es la falta? Se lee en una Recopilación que se dedica á resumir las doctrinas dominantes, apoyándose en la jurisprudencia: «Una teoría absoluta nos parece *imposible* en este punto. Los autores que la han ensayado, no han podido entenderse, cuando se ha tratado de calificar y considerar separadamente cada estatuto particular» (3). Esta confesión de impotencia es característica, pues no hay materia, por espinosa que sea, que no tenga principios ciertos. ¿Cómo es que después de un trabajo secular, la ciencia declara que le es imposible llegar á una teoría cierta sobre los estatutos? Un antiguo jurisconsulto y de los mejores, se admira de la incertidumbre que reinaba en la doctrina. «Es muy extraño, dice Bouhier, que en un siglo tan ilustrado como el nuestro, los buenos talentos no puedan separar la verdad del error» (4). Creemos que no hay más que una

1. Merlin. *Repertorio*, en la palabra *Testamento*, sec. 1.^a, párrafo 5, art. 1.^o y en la nota *Mayoría*, párrafo 5.

2. Mailher de Chassat *Tratado de los estatutos*, p. 33.

3. Dalloz. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 387.

4. Bouhier. Observaciones sobre las costumbres de Borgoña. cap. XXX, núms. 14 y 15.

respuesta que dar á esas perplejidades, y es la de que debe existir un vicio en los principios que se consideran como verdaderos; porque si realmente lo fueran, ¿se concebiría que jurisconsultos eminentes, tales como Dumoulin y Merlin, se hayan engañado al aplicarlos? Estas vacilaciones singulares autorizan cuando ménos la duda. Comenzaremos por exponer las opiniones contrarias que se han esclarecido en la doctrina y la jurisprudencia. Después de esto, expondremos nuestras objeciones y escrúpulos sobre los principios tradicionales consagrados por el Código civil.

§ 2. De las leyes personales.

83. El artículo 3 del código consigna que las leyes concernientes al estado y la capacidad de las personas rigen á los franceses, aun cuando residan en país extranjero. ¿Se pregunta si sucede lo mismo con las leyes que arreglan el estado y la capacidad de los extranjeros en el país á que pertenecen, y siguiendo también al extranjero en Francia? Merlin responde sin vacilar: que el extranjero tiene su estatuto personal, como el francés tiene el suyo, y que debe admitirse para el extranjero el mismo principio que para el francés, á título de reciprocidad. ¿No valdría más decir que por razón de analogía? Allí donde hay la misma razón para decidir, la decisión debe ser la misma. Luego hay identidad absoluta entre la posición del extranjero en Francia y la posición del francés en el extranjero. Una cosa, sin embargo, es singular, y es la de que el legislador decide por qué ley debe ser regido el francés en el extranjero, lo que no le pertenece hacer de una manera absoluta, mientras que nada dice de la ley que regirá al extranjero en Francia, lo que tenía derecho de hacer y lo que habría debido hacer, aunque no fuese sino para conciliar el favor de las naciones extranjeras, dándoles el ejemplo de esa cortesía internacional sobre la cual descansa la teoría de los estatutos personales. Los trabajos preparatorios

del código nos enseñarán cómo se llegó á la redacción actual del artículo 3º.

El libro preliminar, extendido por la comisión, parecía desechar para el extranjero residente en Francia, el estatuto personal, pues decía: «La ley obliga indistintamente á los que habitan en el territorio; y el extranjero está sometido á ella por los bienes que en él posee, y por su persona durante su residencia.» En seguida venía un artículo que establecía el estatuto personal para el francés residente en país extranjero (1). En el consejo de Estado, Tronchet criticó esta redacción; y dijo que el extranjero no está sometido á las leyes civiles que arreglan el estado de las personas. Esto no obstante, se limitó á quitar la palabra *indistintamente*. En su primera exposición de los motivos del título preliminar, Portalis parecía sostener el principio que del todo sometía al extranjero á la ley francesa. «La ley, dice, obliga á todos aquellos que viven bajo su dominio. Habitar en el territorio es someterse á la soberanía.» ¿No era esto declarar que todas las leyes francesas formaban un estatuto real para el extranjero? Más tarde, el tribunado propuso la redacción que pasó al artículo 3º, y la disposición que había suscitado la objeción de Tronchet quedó retirada (2).

84. ¿Es necesario inferir de ahí que el legislador entendió colocar al extranjero en la misma línea que al francés en lo concerniente al estatuto personal? Los autores y la jurisprudencia se han dividido. La opinión más seguida y que es ciertamente la más jurídica, aplica al extranjero el principio del artículo 3º (3). Esto no obstante, el silencio del código deja subsistente alguna duda y de ella se ha

1 Libro preliminar, t. IV, arts. 4 y 5 (Lerminier, *Introducción á la historia del derecho*, cap. XX).

2 Locré, tomo I, p. 228; Foelix, *Tratado del derecho internacional privado*, p. 44.

3 Véanse los autores y Sentencias citados por Foelix p. 45. Es necesario agregar á éste á Marcadé, sobre el art. 3, núm. 5, p. 44.

prevalido, para sostener que no estando ligada la doctrina por un texto, había cierta amplitud en esta materia. M. Valette propuso un sistema intermedio entre el estatuto personal y el real. Admite, como regla general, que el extranjero es regido por la ley personal de su país, pero pone dos excepciones, de las que la primera destruye, por decirlo así, su principio; pues la ley extranjera dejaría de ser aplicable tantas veces cuantas el francés que trata con el extranjero, tuviera en ello algún interés. De esta manera, el extranjero, menor de edad según su ley personal, será mayor según la ley francesa, si tiene 21 años; y se le aplicará el Código civil considerándolo como mayor. M. Valette dice, que no habría ya seguridad para los franceses que contrataran con un extranjero, si éste, de edad de más de 21 años, podía gozar de la restitución contra sus obligaciones, alegando que es menor según la ley de su país. Hay fallos en este sentido (1).

Esta opinión fué favorecida en Francia (2). Dudamos que haya sido bien acogida en el extranjero. El silencio del Código civil no puede tener por consecuencia el cambio de la naturaleza de los principios, dándoles una mayor elasticidad. Existen frente á frente dos principios entre los cuales es necesario escoger; ó es la ley personal del extranjero, la que rige su estado y su capacidad, ó lo es la ley francesa; pero no se concibe que lo sea unas veces la una, y otras veces, la otra. En el silencio del código el juez no goza de una entera libertad y está atado por las reglas de derecho. Pues bien, existe una regla elemental que le ordena aplicar las disposiciones de la ley por analogía, cuando hay la misma razón para decidir. En la especie, hay más que analogía, hay identidad y existen leyes personales por su naturaleza, y la naturaleza de las leyes no cambia.

1 Valette, *sobre Proudhon. Tratado sobre el estado de las personas*, tomo 1º, p. 85, y siguientes.

2 Es seguida por Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, tomo 1, p. 113, núm. 88, y por Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 385.

según que es un Francés ó Inglés el interesado. Indudablemente, el legislador podría sancionar el sistema de M. Valette, porque su misión es la de velar por el interés de los ciudadanos, y en caso de conflicto, puede decidirse por el interés francés. No así la misión del juez que es enteramente otra, porque no está llamado á pesar y á conciliar intereses diversos, y debe aplicar una regla invariable á los que están en colisión. No le es permitido plegar el derecho conforme á los intereses, porque por el contrario, son estos, los intereses, los que deben plegarse bajo el derecho. La doctrina del interés francés trastorna los poderes, transformando al juez en legislador. Es necesario mantener á cada poder en la esfera de sus atribuciones: al uno le pertenece arreglar los intereses, y al otro le toca decidir conforme al derecho.

85. M. Valette admite una segunda excepción á la ley personal. Si el estado que el extranjero guarda en virtud de las leyes de su país, es contrario al orden público, tal como éste se encuentra arreglado por la ley francesa, es ella la que debe prevalecer. La excepción es jurídica, pero nos parece mal formulada. Es necesario entenderse acerca del sentido de las palabras *orden publico*, porque ellas se aplican de ordinario á las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas. Tomada en este sentido la excepción destruiría la regla, porque llegaría al extremo de decir que las leyes francesas deben aplicarse al extranjero desde que están en oposición con su ley personal; y ¿no sería esto negar el estatuto personal? Es necesario restringir la excepción y limitarla á las leyes que emanan del derecho público ó que interesan á las buenas costumbres. De esta naturaleza son las leyes penales que consideran como un delito la poligamia, y es evidente que el legislador no puede permitir al extranjero que cometa un delito, bajo el pretexto de que ese delito es para él el ejercicio de un derecho según las leyes de su país. Tales son también

las leyes políticas que conciernen al estado de las personas. La libertad es el principio fundamental de nuestro orden social. Luego el legislador no puede consentir á un extranjero que atente á ellas, invocando su estatuto personal. Esta excepción que recibe el estatuto personal resulta del mismo texto del código, que establece el principio de las leyes personales, pues el artículo 3^o efectivamente somete al extranjero á las leyes de policía y de seguridad (1).

86. Merlin pregunta si el francés que perdió su nacionalidad por una de las causas determinadas en los artículos 17, 19 y 21, permanece sometido á las leyes francesas concernientes al estado y capacidad de las personas? Responde: No. El artículo 3^o no habla más que de los Franceses; y no se aplica por lo mismo á los que abdicando su patria se convierten en extranjeros (2). La solución es evidente. ¿Cuál será el estatuto personal del francés convertido en extranjero? Si el francés que pierde su cualidad adquiere una nacionalidad extranjera, ya no hay duda, estará regido, en cuanto á su estado y capacidad, por las leyes de su nueva patria. Algunas veces sucede que el que pierde su nacionalidad, no adquiere nacionalidad nueva, y por lo mismo, se puede, legalmente hablando, no tener patria, y ser extranjero en todas partes. El francés que acepta funciones públicas en el extranjero, pierde su cualidad de francés, y no siempre adquiere la de indígena allí donde ejerce sus funciones. Si se establece en Bélgica sin ánimo de volver á su país, dejará de ser francés y no será belga. ¿Cuál será su estatuto personal? Puesto que no tiene nacionalidad, no puede invocar el beneficio de las leyes personales que son inherentes á la nacionalidad, y por eso

1. La corte de París decidió que estando prohibida la investigación de la paternidad por el Código de Napoleón, el extranjero no puede, en virtud de su estatuto personal, investigar á su padre (Fallo de 2 de Agosto de 1866 en Dalloz, *Recopilación* 1867, 2. 4. 1). Estando prohibida por causas de inmoralidad, la investigación, creemos que la sentencia hizo una justa aplicación de los principios.

2. Merlin. *Repertorio*, en la palabra *Ley*. § 6. núm. 4.

será regido en todo por las leyes del país donde reside. Efectivamente, la ley extiende su dominio sobre todos los que habitan el territorio. Este principio tiene una excepción respecto de los extranjeros que tienen un estatuto personal; y en cuanto á los que no lo tienen, permanecen sometidos á la ley del país donde están establecidos, ya para su estado como para todas sus relaciones jurídicas.

El artículo 19 da lugar á un conflicto singular, porque expresa que la mujer francesa que se casa con un extranjero, sigue la condición de su marido y se hace extranjera, lo cual es cierto. ¿Se dice por esto que adquiere la nacionalidad de su marido? Esta cuestión no puede decidirse por la ley francesa, pues no le toca á ella conceder una nacionalidad extranjera. Ahora bien, tenemos que una francesa que se casa con un inglés no se hace inglesa. ¿Cuál será su estatuto personal? M. Demangeat responde que los tribunales franceses deben considerarla como inglesa, conforme al artículo 19; y que por consiguiente, su estado y capacidad serán regidos por la ley inglesa. (1). Esto no es admisible. El código puede muy bien hacer que pierda su nacionalidad una mujer francesa que se casa con un inglés, pero no puede darla la cualidad de inglesa. Inútilmente se dice que toda persona debe tener un estatuto; sí, pero toda persona que tiene una nacionalidad; y nó, aquellas que no la tienen. Es necesario aplicar el principio que acabamos de exponer: la mujer que se casa con un inglés siendo extranjera en todas partes, no tendrá estatuto personal, y su estado será regido por la ley del país que habite.

La pugna de nacionalidades da lugar algunas veces á cuestiones muy singulares. Según el artículo 10, el hijo de un francés nacido en Inglaterra es francés, mientras que según las leyes inglesas este mismo niño es inglés. ¿Cuál será su estatuto personal? Tiene dos patrias y tendrá por

1. Demangeat, en la *Revista práctica de derecho francés*, tomo I, p. 52.

lo mismo dos estatutos. Esto es absurdo, porque es un principio que no se puede tener más que una patria. Sin embargo, este es un caso en que legalmente una persona tiene dos. Si la cuestión de su estatuto se presenta ante un tribunal inglés, se le aplicará ciertamente la ley inglesa, y si se presenta ante un tribunal francés, se le aplicará el artículo 3º del Código civil, y por consiguiente la ley francesa. He aquí una pugna que las leyes no pueden quitar y mucho menos los tribunales, no pudiendo ser terminada sino por un tratado.

Puede presentarse un caso más extraño. Un francés que tiene hijos, se hace naturalizar en España, y se convierte en español, mientras que sus hijos permanecen siendo franceses; luego el estatuto personal de él será la ley española, y el de sus hijos la ley francesa; pero, ¿por cuál ley se regirá la patria potestad? M. Demolombe quiere que sea por la ley francesa, en virtud del artículo 3º (1). Mas este artículo no decide la cuestión, y da un estatuto á los hijos, no diciendo que en caso de pugna de ese estatuto con el estatuto de su padre, el estatuto francés le arrastrará. Podría decirse que la patria potestad es más bien una obligación que un derecho, y que el verdadero derecho es el de los hijos para ser educados, y que por consecuencia, el estatuto de los hijos es el que debe seguirse; pero se respondería que esto es verdad conforme al derecho francés, y que no lo es conforme al romano. Aun cuando según la legislación francesa hay derechos inherentes á la patria potestad, ¿la ejercerá el padre conforme á la ley francesa, siendo español? Una vez más, el conflicto no puede terminarse, si no es por medio de los tratados.

87. Hay un principio que emana de lo que acabamos de decir, y es que el estatuto personal depende de la nacionalidad. Grandes jurisconsultos como Merlin y Savigny,

1 Demolombe, *Curso del Código Napoleón*, tomo I, p. 123, núm. 104.

parten por el contrario, del principio de que es la ley del domicilio la que arregla el estado de las personas. Esta doctrina está en oposición con el artículo 3^o del código y con los motivos en los cuales está fundado. La ley habla de los franceses, y es el estado de los franceses el que está arreglado por la ley francesa; y por tanto, el estatuto personal de los franceses está determinado por su nacionalidad. ¿La pierden? cesan por este hecho de estar sometidos á la ley francesa en cuanto á su estado y capacidad; pero también permanecen sometidos á ella mientras que conserven su nacionalidad. Aun cuando trasladen su domicilio al extranjero, no dejan de ser franceses; y como tales están regidos necesariamente por la ley francesa en lo relativo á su estado y capacidad. Si Merlin supone siempre que el estatuto depende del domicilio, es porque fué educado bajo la influencia del derecho francés antiguo, y en esa época la cuestión de los estatutos se agitaba entre nacionales, y por tanto, era decisivo el domicilio. Si Savigny pone como principio que el domicilio determina el estatuto, es porque en Prusia hay leyes diferentes en las diversas provincias, y este es, por lo mismo, un estado análogo al de la antigua Francia. Cuando el debate existe entre personas de naciones diversas, el domicilio es indiferente, pues es la nacionalidad la que decide, porque el estatuto personal es una derivación de aquella. Los textos dan lugar á algunas objeciones. Se ha invocado el artículo 13 que parece asemejar al extranjero domiciliado en Francia con francés, en cuanto al goce de todos los derechos civiles, ¿y no es esto decir que también su estado es regido por la ley francesa? ¿Y el extranjero mismo no ha manifestado la voluntad de ser gobernado por la ley francesa, al pedir la autorización de establecer su domicilio en Francia? (1) No, el artículo 13 es extraño á la cuestión de los estatutos, por-

1 Demangeat, *del Estatuto personal* (Revista práctica de derecho francés, tomo 1^o, p. 66.)

que da al extranjero un medio de adquirir el goce de los derechos civiles en Francia; y este es su único objeto. De que el extranjero domiciliado goce los derechos civiles no puede inferirse que el ejercicio de todos sus derechos naturales ó civiles, esté arreglado por la ley francesa. Esta cuestión la decidió el artículo 3^o, y su resolución depende de la distinción de los estatutos reales y personales. En cuanto á la voluntad del extranjero, es impotente; pues por largo que sea el tiempo que conserve su nacionalidad, no puede sustraerse á las consecuencias que ella trae consigo; porque no hay más que un medio de libertarse de este lazo, y este es el de abdicar su patria.

Se insiste, y se pretende, que el artículo 3^o que invocamos, decide la cuestión en contra de nuestro parecer. El habla del francés *residente* en el extranjero, y supone que el francés está regido por la ley francesa, mientras que no tiene más que una simple *residencia*; lo que envuelve la idea de que si adquiere un domicilio, dejará de estar sometido á la ley francesa. ¿Es este el sentido de la palabra *residente*? Hay una razón muy sencilla por la que el Código civil habla del francés residente en país extranjero; y ella es la de que, por lo general, el francés, aun cuando va á establecerse á otras partes, conserva su domicilio en Francia, y por lo mismo, la ley debía decir *residente*. Es cierto que el francés puede adquirir un domicilio en el extranjero, pero esto, no obstante, conserva su nacionalidad, y por consecuencia, su ley nacional. Es cierto también que si el francés domiciliado en el extranjero contrata allí, como por ejemplo, si allí se casa, sus convenios matrimoniales serán regidos por la ley extranjera, lo mismo que el extranjero domiciliado en Francia, que allí se case, está casado bajo el régimen de la sociedad legal, tal como está organizada por la ley francesa; pero esto nada tiene de común con el estatuto personal; porque esta es una cuestión de intención, como lo probaremos en su lugar. Mien-

tras que el estatuto personal no depende en manera alguna de la voluntad de los individuos, no es más que indirectamente cómo está en sus facultades cambiar de estatuto, cambiando de nacionalidad. El domicilio no determina el estatuto sino cuando una persona no tiene ya nacionalidad y es extranjera en todas partes, pero entonces ya no existe cuestión de estatuto personal.

88. Abordemos ahora las dificultades á que da lugar la distinción de los estatutos. Las leyes que arreglan la familia son por esencia leyes personales. Es por lo mismo la ley extranjera quien decidirá si tales personas tienen entre sí relaciones de padre ó de hijo, legítimo ó natural; y si tales otras son esposos, mayores ó menores de edad. No es solamente el estado el que está regido por la ley extranjera, lo está también la capacidad; y el artículo 3^o es formal; pues por otra parte, el estado y la capacidad son inseparables. Sucede lo mismo con los derechos y las obligaciones que resultan del estado; porque el estado es nada sin los derechos y obligaciones que de él emanan. Esto no admite duda cuando se debate entre extranjeros la cuestión del estatuto. Cuando están interesados un francés y un extranjero, se invoca la doctrina del interés francés para modificar ó neutralizar los efectos del estatuto. Hemos rebatido esta doctrina en principio, y rebatimos también las aplicaciones que de ella se hacen.

Se pregunta si un extranjero puede exigir alimentos de un pariente francés, y se supone que tendría derecho según la ley francesa, pero no conforme á la ley de su país. En esta hipótesis no hay duda, y estando regido el extranjero por su estatuto personal, no puede reclamar los derechos que ese estatuto le rehusa. ¿Pero qué debe decidirse si el estatuto extranjero le da derecho á los alimentos y la ley francesa se lo niega? Se decide que la ley francesa se aplicará porque el pretendido deudor es francés: pues bien, éste puede invocar su estatuto personal según el cual no debe ali-

mentos á su pariente extranjero (1). Si existe conflicto entre los dos estatutos, ¿cuál debe prevalecer? En opinión nuestra debe ser el estatuto que concede un derecho al extranjero: ¿este estatuto puede hacerse ineficaz porque el derecho se ha ejercitado en Francia? Entónces se deroga un estatuto personal, y se deroga en un interés francés: pues bien, la cuestión de los estatutos no es una cuestión en que se agiten intereses opuestos, sino una cuestión en la que los derechos son la causa; y todo derecho debe y puede ser ejercitado, porque si no, no es ya un derecho. Inútilmente diría el francés que la ley francesa no reconocía el derecho del extranjero; pues ella lo reconoce por solo el hecho de que reconoce el estatuto extranjero; y puesto que admite que el extranjero goce de un estado en virtud del cual tiene un derecho, debe también admitir este derecho. Queda sin embargo alguna duda á causa del estatuto personal del deudor, y este es también uno de esos conflictos que no pueden ser terminados definitivamente sino por un tratado.

89. Las leyes concernientes al matrimonio forman por cierto un estatuto personal, porque arreglan el estado de los esposos, y este estado produce la incapacidad de la mujer casada. De allí se infiere que la capacidad requerida para contraer matrimonio se rige por el estatuto del extranjero. La corte de París hizo aplicación de este principio á un caso memorable. Un español, capuchino y diácono, se había casado con una francesa, después de haber obtenido la autorización de fijar su domicilio en Francia, pero teniendo cuidado de ocultar su estado. Su mujer pidió la nulidad del matrimonio en virtud de la ley española, y el tribunal de primera instancia desechó la demanda, pero la corte la admitió. No puede haber matrimonio, decía ella, sino entre personas capaces de casarse; ahora bien, esta capacidad, como todo lo que interesa al estado, se arregla por el esta-

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, núm. 392.

tuto personal que afecta á la persona y la rige en cualquier lugar que ella esté. Busqueta, capuchino y diácono, era, bajo este doble título, incapaz de contraer matrimonio; y la fuga de un apóstata á un suelo extranjero, para sustraerse á las penas que le atraerían sus malos comportamientos, no puede darle una capacidad que las leyes de su país le niegan; y la sentencia que sorprendió, no ha borrado la incapacidad inherente á su persona, efecto inevitable de la ley de su país. No se podría declarar válido el matrimonio sin llegar á una consecuencia monstruosa, que es la de que su unión, nula en España, sería válida en Francia, aun cuando el estado que le hace inhábil para casarse sea indeleble (1).

Existe una sentencia en sentido contrario. La corte de Caen falló que un extranjero puede válidamente contraer matrimonio en Francia aun cuando sea incapaz conforme á las leyes de su país, si es capaz conforme á las francesas (2). No podemos en manera alguna tomar en cuenta esta sentencia, puesto que niega el estatuto personal del extranjero. Una vez que se admite la existencia de un estatuto personal, es evidente que se necesita comprender en él las leyes que rigen el matrimonio. Sin embargo, tenemos alguna duda sobre la aplicación que la corte de París hizo del principio del artículo 3º al monje español. El monje es considerado como muerto civilmente. Pues bien, la muerte civil que hiere á un hombre vivo, por consecuencia de un voto religioso, es contrario á la ley francesa que no reconoce ya votos ni órdenes monásticas. ¿No es esta una de esas reglas de derecho público que hacen excepción del estatuto personal del extranjero? ¿Puede la ley española tener su aplicación en Francia cuando contradice un principio de libertad natural, consagrado por el legislador francés? Noso-

1. Sentencia de la corte de París de 13 de Junio de 1814 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 408.)

2. Sentencia de 16 de Mayo de 1846 (*Recopilación* de Daloz. 1847. 2. 33.)

tros no vacilaríamos en decidirlo así conforme al derecho público belga. Efectivamente, el artículo 13 de nuestra constitución dice que la muerte civil está abolida y que no puede ser restablecida. Este artículo está colocado en el título que trata de los belgas y de sus derechos; y es por lo mismo uno de esos principios fundamentales que constituyen y caracterizan nuestro estado político. Es decir, que la ley constitucional debe sobreponerse al estatuto extranjero que establece una especie de servidumbre religiosa. Si la corte de París no se preocupó con estas consideraciones, es porque parece que ella misma estaba dominada por las preocupaciones nacidas del catolicismo; porque en efecto, hay una pasión religiosa en la reprobación con que hiere al *apóstata* español. No pretendemos excusar sus malos comportamientos, que por lo demás son extraños á la cuestión de derecho; pues en cuanto á la apostasía, no puede ya ser una mancha, allí donde la libertad de pensar está inscrita en la constitución. Esta libertad debe sostenerse en favor del extranjero lo mismo que del indígena, porque tiene tanta importancia como la abolición de la esclavitud, siendo la servidumbre del pensamiento la peor de las esclavitudes.

90. Es cierto que el estatuto personal que arregla la capacidad de casarse, tiene excepción cuando consagra un estado que es un delito conforme á las leyes francesas. Por ejemplo, en la poligamia: El estatuto personal está nulificado aquí por esta regla fundamental que proclama el artículo 3º, de que las leyes de policía y de seguridad obligan á todos los que habitan el territorio. Sin embargo, el estatuto personal que permite la poligamia recobraría su dominio en los casos en que el orden público no se lastimara con su aplicación. Se ha contraído en el extranjero un matrimonio poligámico, y es válido conforme al estatuto personal de los esposos, ¿los hijos nacidos de esta unión serán considerados en Francia como hijos naturales, adul-

terinos? No vacilamos en responder, no; no hay ya delito en el caso, puesto que el matrimonio se celebró en el extranjero; y se trata únicamente de comprobar el estado de los hijos nacidos de un matrimonio legal; pues bien, esta apreciación debe hacerse conforme á la ley extranjera, y puede hacerse sin preocupación alguna para nuestro orden público. Efectivamente, el juez que aplique el estatuto personal, no dé por esto su aprobación al matrimonio polígamico, porque no está llamado á aprobar sino á desaprobado; y aplica una ley extranjera.

El legislador francés fué más lejos, pues se lee en una circular ministerial de 10 de Mayo de 1824, que los extranjeros que se casan en Francia están sometidos, como los vasallos del rey, á la necesidad de obtener dispensas en los casos determinados por el código, aun cuando la ley de su país no les impusiera esta obligación. La circular se funda en que el matrimonio es regido, en cuanto á la forma, por la ley del país donde se ha celebrado (1). Es hacer una falsa aplicación del adagio, *locus regit actum*, porque las dispensas concierne á las condiciones intrínsecas que se requieren para la validez del matrimonio, y no á la forma de la celebración. Otra circular de 29 de Abril de 1832, invoca el *orden público y las buenas costumbres* para someter á los extranjeros á las leyes que exigen una dispensa de edad (2). No podemos admitir esta doctrina que volvemos á encontrar en muchas sentencias, porque tiende á negar el estatuto personal del extranjero. Efectivamente, ¿qué se entiende por leyes personales? Aquellas que arreglan el estado y la capacidad de las personas; pues bien, esas leyes son, por su esencia, de *orden público* (3). Si pues se declaran aplicables á los extranjeros to-

1 Sirey, *Colección de sentencias*, 1829, 2, 285.

2 Duvergier, *Colección de leyes*, 1832, pág. 193.

3 Véase antes el núm. 47. pág. 87.

das las leyes de orden público, se les somete por esto mismo á las leyes francesas en lo concerniente á su estado y capacidad, es decir, se les niega su estatuto personal.

91. ¿La capacidad de la mujer casada pertenece al estatuto personal? ¿Si es extranjera, y se contrata en Francia, será regida por la ley de su país ó por la francesa? A primera vista queda uno admirado de ver controvertida la cuestión, y más admirado aun de que Merlin haya sostenido el pro y después el contra. Si una mujer francesa contratase en el extranjero, ¿no sería necesario aplicarle los artículos 215 y 217 que la hieren de incapacidad? La cuestión ni aun puede ser puesta frente al artículo 3º ¿No dice él que las leyes concernientes al estado y *capacidad* de las personas rigen á los franceses, que residen en país extranjero? Ahora bien, si la ley que rige la capacidad de la mujer francesa es un estatuto personal, debe suceder lo mismo con la ley que rige la capacidad de la mujer extranjera, puesto que se trata de un sólo y mismo principio, establecido por un sólo y mismo artículo, explícitamente para los franceses é implícitamente para los extranjeros.

Sin embargo, en el derecho antiguo la cuestión era muy controvertida; Merlin comenzó declarándose por la personalidad del estatuto, y aplicando el principio tal como d'Angesseau lo había formulado. La incapacidad de la mujer casada significa que no puede celebrar ningún acto jurídico sin la autorización de su marido. ¿Por qué el legislador exige esta autorización? ¿Es para conservar los bienes en las familias? ¿Es para asegurar la propiedad ó los derechos reales? No, ciertamente, la ley declara incapaz á la mujer por razón de la dependencia á la cual está sujeta; y la incapacidad es una consecuencia de la potestad marital. ¿No sería absurdo que la mujer fuese dependiente en un país é independiente en otro? ¿que la mujer estuviese sometida á la potestad de su marido para tales inmuebles y que no lo estuviese para otros? ¿que le de-

biese más ó menos respeto según que pasara tal ó cual frontera? (1).

He aquí las razones decisivas para sostener siempre la personalidad del estatuto que declara incapaz á la mujer casada. ¿Por qué, pues, Merlin cambió de opinión? Porque el estatuto cede ante las leyes que son de orden público y de buenas costumbres. Pues bien, tal es la ley que somete á la mujer á la potestad marital. Coquille nos lo dice: «La prohibición de contratar durante el matrimonio tiene su fundamento en que una mujer casada por decoro no debe tener comunicación con otros sin el amparo y licencia de su marido, para evitar el engaño» (2). Respondimos con anticipación á la objeción deducida del *orden público*. En cuanto á las *buenas costumbres*, si realmente están interesadas en la incapacidad de la mujer casada, será necesario decir que el interés de la moralidad prevalece sobre el estatuto personal; ¿pero es enteramente cierto que la incapacidad se haya establecido por causa de honestidad pública? Coquille no dice esto. Es por causa del respeto que debe á su marido por lo que no conviene que sin su autorización trate con terceros; y es por lo mismo por razón de la potestad marital por lo que ha sido declarada incapaz, y de aquí se infiere que la incapacidad es de *orden público*, pero no interesa directamente á las *buenas costumbres*. Lo que lo prueba también, es que el Código civil permite derogar la incapacidad de la mujer casada (223, 1536) y si las buenas costumbres se interesaran en ello no se podría concebir esta derogación. Se trata por lo mismo únicamente de una de esas leyes que arreglan el estado de las personas y la incapacidad que de él resulta. Esas leyes, aunque pertenecientes al orden público, forman un estatuto personal.

1. Merlin *Reperoire* en las palabras *Incapacité de mariage*.

2. Coquille, sobre la restitución del Novenario, cap. 2.º art. 1.º Mem. de la Acad. de la Loi en las palabras *Effets Rév. scilicet*, sec. III. §. 2.º art. 5.

Existen sentencias contrarias á nuestra opinión. Una mujer francesa se casa con un español, y se hace española: desde entonces su estado y capacidad son regidos por la ley de España: vuelve á Francia, y permanece sometida al estatuto español que forma su ley personal; y allí se obliga solidariamente con su marido. Esta obligación será válida conforme á la ley francesa, lo mismo que la hipoteca consentida para la seguridad del acreedor; pero es nula conforme á la ley española, que no permite á la mujer obligarse solidariamente con su marido. El tribunal del Sena nulificó la obligación, fundándose en el estatuto personal de la mujer que la había suscrito, pero la corte de París revocó el fallo, y decidió que debía apreciarse la capacidad de la mujer española conforme á las leyes francesas, porque si se admitiera ese principio, se estaría sometido á tantas leyes extranjeras como hubiera extranjeros que tuvieran posesiones en Francia, lo que sería una violación del artículo 3^o, el cual somete á la ley francesa los inmuebles poseidos por los extranjeros; pero ese mismo artículo dice también, que la capacidad se rige por la ley personal de los extranjeros. Es, pues, necesario examinar cual de los dos estatutos es aplicable, pues el estatuto de la incapacidad es esencialmente personal y debe ser aplicado, por lo mismo, en Francia. Habrá, es verdad, tantas leyes diversas, cuantos extranjeros existan; pero ¿qué importa? Esta es la consecuencia natural y necesaria de la personalidad de los estatutos. ¿Qué importa también que esas leyes no estén publicadas en Francia? La corte de París que invoca esta consideración, olvida que los estatutos personales se aplican, no como leyes francesas, sino como extranjeras; y es suficiente que se hayan publicado en el país donde han sido dadas. A pesar de la debilidad de esas razones, la corte de casación desechó la instancia interpuesta contra la sentencia de la corte de París: es cierto que no hay texto que establezca el

estatuto personal del extranjero, y que entonces las decisiones que le desconocen, no pueden ser casadas como si violaran la ley (1).

92. La disolución del matrimonio por el divorcio da lugar á vivas controversias. Sabido es que bajo la influencia de la reacción política y religiosa que acompañó á la Restauración, quedó abolido en Francia el divorcio por una ley de 16 de Mayo de 1816. El divorcio se mantuvo en Bélgica, y existe en todos los países protestantes. De allí han surgido conflictos de diversos derechos, tan difíciles como importantes. Se pregunta en primer lugar si los extranjeros, cuyo estatuto personal admite el divorcio, ¿pueden divorciarse en Francia? Los autores franceses ni aun discuten la cuestión, sin duda porque, según su opinión, la negativa es evidente; Merlin es el único que algo dice sobre ella. Supone que antes de la introducción del divorcio en Francia, dos esposos casados en Polonia hubiesen venido á establecerse aquí; que la ley polaca permite el divorcio declarándolo compatible con el dogma católico. Si uno de los cónyuges hubiera pedido el divorcio ante nuestros tribunales, dice Merlin, ciertísimamente los jueces no habrían podido desechar esta acción, bajo el pretexto de que la ley francesa no reconocía el divorcio y deberían acoger la demanda fundándose en que el divorcio está reconocido por la ley de Polonia (2). Suponiendo que la demanda se hubiera intentado antes de la introducción del divorcio, Merlin admite implícitamente que si hubiera sido puesta después de la ley de 1816 que abolió el divorcio, los tribunales no la admitirían ya. Sin embargo, no vemos que haya habido en ello un obstáculo absoluto. Antes de la Revolución el divorcio estaba prohibido también por el derecho canónico que era entonces la ley del Estado. ¿Qué

1 Sentencia de 7 de Julio de 1833 (Dallóz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 3914.)

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Divorcio*, sec. IV, § 10.

importa que la prohibición esté sancionada por una ley civil? La ley de 1816 prohíbe el divorcio entre franceses; pero no puede impedir que los esposos extranjeros lo pidan en su país; y si pueden divorciarse en el extranjero, ¿por qué no lo podrían en Francia? ¿Es porque el divorcio está considerado por el legislador francés como una cosa inmoral? No es más inmoral después de 1816 que lo fuera antes de 89. ¿Cómo, por otra parte, podía marcarse el divorcio como inmoral, siendo así que existe en la mayor parte de la Europa, cuando lo admiten las naciones católicas, y cuando la Escritura santa de los judíos lo consagra?

Los judíos tenían, ántes de la Revolución, el privilegio de gobernarse conforme á sus usos. Eran, pues, extranjeros, pero extranjeros privilegiados. Pues bien, los tribunales franceses decretaban el divorcio de los esposos judíos cuando lo pedían y cuando era litigado. Hay más, se divorciaban en Roma sin que el Papa ni la Inquisición pensasen en ponerles obstáculo. M. Troplong ha recordado estos hechos notables en una requisitoria que pronunció ante la corte de Nancy, en 1826, como abogado general. El sabio magistrado no vacilaba en declarar que bajo el régimen actual los tribunales debían hacer para con todos los extranjeros lo que en otro tiempo hacían con los judíos (1).

Esta doctrina nos parece incontestable. Sin embargo, no encontramos que hasta aquí halla sido adoptada por los tribunales franceses, ni siquiera sostenida en justicia (2). Este es uno de esos conflictos de leyes contrarias que no pueden ser terminados, sino por un tratado, é importa que

1 Véase el pasaje de la requisitoria de Troplong en una requisitoria del procurador general Dupin (Daloz, *Colección periódica*, 1860, t. p. 39).

2 La sentencia de la corte de casación, de 28 de Febrero de 1860, la desecha en uno de sus considerandos: «no es permitido á los tribunales ordenar ó sancionar los divorcios que los oficiales del estado civil no podrían pronunciar.» (Daloz, 1860, t. p. 65). La corte estaba presidida por M. Troplong.

lo sean porque es un derecho el de divorcio para los esposos extranjeros, y todo derecho debe ser sobrevigilado cuando no está en oposición con un principio de derecho público. Ahora bien, la imposibilidad de divorciarse en Francia puede hacer imposible el divorcio, ¿y cómo recoger en el extranjero los testimonios que comprueban los hechos en los que descansa la demanda? El derecho puede hacerse ineficaz, y también puede perecer; y un derecho que perece, acusa una mala organización de las sociedades humanas. Es necesario, por lo mismo, que los tratados decidan los conflictos de leyes contrarias, que muy frecuentemente llegan al extremo de una denegación de justicia.

93. ¿Los esposos divorciados en el extranjero pueden contraer un nuevo matrimonio en Francia? Ha sucedido que los tribunales de primera instancia hayan admitido el matrimonio, fundándose en el estatuto personal del extranjero que lo autoriza; pero las cortes de apelación siempre lo han desechado. Entre las razones que invocan hay una demasiado débil. Cuando es un francés el que quiere contraer matrimonio con una extranjera divorciada, la corte de París dice que inútilmente invocará el extranjero su estatuto personal que le permite volverse á casar, porque el francés por su parte se encuentra atado por la ley francesa, la que le prohíbe casarse con una mujer divorciada. Esto es, nos parece, fijar muy mal la cuestión. La extranjera divorciada adolece de una incapacidad, si se quiere aplicar la ley francesa que abolió el divorcio; ¿pero dónde está la incapacidad del francés? La buscamos en vano. Realmente, las dos partes son capaces, la extranjera en virtud de su estatuto personal, y el francés en virtud de la ley francesa (1).

1 Esta es la opinión de M. Demolombe. *Curso del Código Napoleón*, tomo 1º, p. 118, núm. 101.—Sentencia de la corte de París de 30 de Agosto de 1824 (Daloz, en la palabra *Leyes*, núm. 395).

La corte de París dió otra razón aparentemente más plausible, pues dice: el matrimonio es de orden publico, es la garantía de la pureza de las costumbres, y la base en que descansan la familia y la sociedad toda entera; y de allí infiere que las leyes que arreglan las condiciones de él, son obligatorias en Francia para todos; y que habiendo abolido el divorcio la ley de 1816, los tribunales franceses no pueden considerarlo ya como una causa de disolución del matrimonio; de donde se infiere que el primer matrimonio roto en el extranjero por una sentencia de divorcio, debe ser considerado en Francia como existente todavía, lo que produce un impedimento dirimente para que se contraiga un segundo (1). No tememos decirlo, esta razón no nos parece más jurídica que la anterior. Indudablemente el matrimonio es de orden público; ¿pero todas las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas no son también de orden público? ¡Luego según el sistema de la corte de París todas esas leyes serán obligatorias para los extranjeros! Esto es negar el estatuto personal del extranjero; pero si se niega para el extranjero, ¿cómo admitirlo para el francés? Porque en los países extranjeros se hará el mismo razonamiento contra el francés; y se le dirá que está sometido á la ley extranjera en todo lo concerniente á su estado y capacidad, porque esto es de orden público. ¿Qué sucederá entonces con el artículo 3 del código que consagra el estatuto personal del francés?

Es cierto que el estatuto personal tiene una excepción, y cede ante los principios de derecho público. Podría darse este color al sistema de la corte de París y decir que la abolición del divorcio se ha decretado por causas de moralidad pública, lo que ciertamente es un interés social, y que este interés debe tener la misma fuerza que un princi-

1. Sentencias de la corte de París de 28 de Marzo de 1843 (Daloz, en la palabra *Leyes*, núm. 395), y de 4 de Julio de 1859 (Daloz, *Colección periódica*, 1859, 2, 153).

pio constitucional ó una ley penal; y que con este título el extranjero está sometido á la ley que abolió el divorcio. Comprendemos que las pasiones religiosas razonen de esta manera; (1) pero este razonamiento nos sorprende en la boca de un jurisconsulto. Todo el mundo admite que los esposos franceses, divorciados antes de la ley de 1816, pueden volverse á casar en Francia; y Merlin fundó este punto de derecho hasta la última evidencia (2). Ahora bien, esto corta la cuestión. Si el matrimonio de un divorciado produjera uno de esos enormes escándalos, como si fuera un matrimonio poligámico, evidentemente el legislador habría debido prohibir á los esposos divorciados antes de la ley de 1816, que se volvieran á casar en Francia, y no lo hizo. Si los esposos franceses divorciados pueden contraer un nuevo matrimonio, sin que se perturbe el orden social, ¿por qué los esposos extranjeros no lo podrían? ¿Hay una más grande perturbación cuando es un extranjero divorciado el que quiere casarse, que cuando lo es un francés?

Hablando en verdad, no hay ni perturbación ni escándalo. Admitiendo el divorcio como una causa de disolución del matrimonio, los tribunales franceses no aprueban el divorcio y no hacen más que comprobar un hecho, y es el de que el matrimonio del extranjero que quiere volverse á casar, fué disuelto en el extranjero, y que conforme á su estatuto personal es libre para volverse á casar. ¿Pueden no tener en cuenta este hecho? A ello están obligados, como lo ha notado muy bien Merlin. Una mujer belga, divorciada, vende un inmueble en Francia. Viene después á pedir la nulidad de la venta, diciendo, con la corte de París, que su divorcio no es reconocido en Francia, que por lo mismo su matrimonio subsiste y que por tanto es inca-

1. Esto se dijo en un fallo del tribunal del Sena, confirmado por la corte de París (*Dalloz. Colección periódica*, 1859, 2, 153.)

2. Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, § 12.

paz para enajenar. Merlin pregunta ¿dónde habría abogado que se atreviera á prostituir su elevada misión defendiendo una causa semejante? ¿dónde habría juez que osara acoger demanda semejante? Forzoso sería pues á los tribunales reconocer el divorcio de la mujer vendedora, porque si se la debe reconocer legalmente divorciada para el efecto de contratar en Francia y de enagenar los bienes que allí posee, ¿cómo no reconocerla como divorciada también cuando quiere volverse á casar? ¿Se perturba el orden público en Francia, cuando los tribunales franceses justifican un hecho que ha pasado en el extranjero, en virtud de las leyes extranjeras? (1).

Esta doctrina fué confirmada por un fallo de la corte de casación dado sobre las conclusiones formadas por Dupin. La corte de Orleans se adhirió á la opinión de la corte suprema (2).

94. ¿Dos esposos extranjeros pueden divorciarse en Bélgica, cuando se los prohíbe su estatuto personal? La cuestión se presentó ante la corte de París, bajo el dominio del Código civil, y se falló muy bien que el divorcio no debía admitirse. Efectivamente, los esposos están regidos por su estatuto personal; y si este estatuto prohíbe el divorcio, no pueden ya divorciarse en Bélgica como tampoco en su país (3). Lo mismo sucedería aun cuando la mujer fuese belga, si su marido siendo extranjero pidiese el divorcio. La corte de Orleans lo decidió así en el célebre negocio Mac-Mahon (4). «La mujer, dice la sentencia, sigue la condición de su marido; y el matrimonio forma para ellos un estado único é indivisible, de naturaleza tal,

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Divorcio*, § 13.

2 Sentencia de la corte de casación, de 28 de Febrero de 1860 (Daloz, *Colección Periódica*, 1860, 1. 57-60); Sentencia de la corte de Orleans de 19 de Abril de 1865. (*Íbid.*, 1860, 2. 82.)

3 Compárense los autores, y las sentencias citadas por Demolombe. *Curso del Código de Napoleón*, tomo I, pág. 116 y siguientes, número 101.

4 Sentencia de 11 de Agosto de 1817 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 597).

que no tienen más que una misma patria, un mismo domicilio y un mismo derecho; y este estado, que constituye el pacto ó el lazo matrimonial, es por lo mismo arreglado necesariamente por las leyes que rigen la condición del marido.» Luego es la ley de la patria del marido la que decide la cuestión.

La corte de París sentenció, en el mismo negocio, en sentido opuesto, y Merlin aprueba esta decisión. Es necesario distinguir, dice, la capacidad de casarse, y el lazo matrimonial. La capacidad es arreglada evidentemente por el estatuto personal, porque ella se ocupa en el estado de las personas; pero una vez reconocida la capacidad, el matrimonio se convierte en contrato ordinario, que se perfecciona por el mútuo consentimiento de los futuros esposos, y cuyos efectos están arreglados por la ley del país donde aquél se verifica. Si un francés hace una venta en Bélgica, donde tiene su domicilio, se arreglará su capacidad por la ley francesa; pero la ley del domicilio determinará los efectos de la venta, y su rescisión por causa de lesión; y lo que es verdad en la venta, debe serlo en el matrimonio. Contraído este en Francia, se rige, en cuanto á sus efectos, por la ley francesa, y es ella quien decidirá si hay lugar ó no al divorcio (1).

Según nuestra opinión, toda esta argumentación estriba en una falsedad, y nos admiramos de que Merlin no haya visto el error, porque el error es evidente. Sí, los contratos se reputan hechos bajo el dominio de la ley que rige el lugar donde ellos tienen lugar; ¿pero por qué? Porque los efectos de los convenios dependen exclusivamente de la voluntad de las partes contratantes, y es natural suponer que se refieren á la ley del país donde ellas están domiciliadas. ¿Sucede lo mismo con el matrimonio? Indudablemente es

1 Véanse las requisitorias de Merlin, y las sentencias de los incidentes en el negocio Mac Mahon, en el *Reportorio* de Merlin, en la palabra *Divorcio*, sec. IV, § 10.

un contrato, pero solo en el sentido de que exige el consentimiento de las partes; por lo demás, los efectos no dependen en nada de su voluntad. Esto es verdad tratándose sobre todo de la disolución del matrimonio. En vano querrían contraer una unión indisoluble, si su ley personal admite el divorcio, porque su unión podrá ser rota. Inútilmente también querrían contraer una unión disoluble, cuando su ley personal prohíbe el divorcio. El matrimonio es de orden público, no solamente por la capacidad de las partes, sino también por los efectos que produce; y desde luego es la ley personal la que decide la cuestión del divorcio y no la ley del domicilio; porque es una cuestión de estado, y el estado está arreglado por la ley nacional y no por la del domicilio.

Merlin insiste y dice: que los extranjeros domiciliados en Francia y que se casan allí, son regidos por el Código civil; se reputarán casados bajo el régimen de la sociedad legal, tal como el código la organiza, y no la ley de su país. He aquí un efecto del matrimonio, dependiente de la ley del domicilio (1); y lo mismo debe ser respecto de todos sus efectos. Este razonamiento tiende siempre á la misma confusión de ideas. ¿Por qué la ley del domicilio arregla los convenios matrimoniales? Porque tal es la voluntad tácita de los futuros esposos, pero depende de ellos manifestar una voluntad contraria, puesto que no se trata más que de relaciones de interés privado. ¿Acaso la disolución del matrimonio por el divorcio depende también de su voluntad? ¿es también esta una cuestión de interés privado?

95. La patria potestad constituye un estatuto personal? Ciertamente ella es de orden público en el sentido del artículo 6 del código; porque el legislador no permite dero-

1 Así ha sido fallado por sentencia de la corte de Bruselas del 12 de Abril de 1854, *Passierisic*. 1855. 2, 254.

garla, ni aun en el contrato más favorable, el contrato de matrimonio (1388), lo que implica que es concerniente al estado de las personas; y ¿cómo dudarle puesto que se ejerce sobre los hijos menores? Tal ha sido la primera opinión de Merlin, y la expresa sin vacilación alguna: «La patria potestad, dice, es un *estado* propiamente dicho, una *condición* verdadera; y así no se puede dudar de que la ley que la admite ó la desecha, sea un estatuto personal, y se extienda por consiguiente fuera de su territorio (1).» Es una consecuencia evidente de ese principio, que la potestad del padre sobre sus hijos, queda establecida tal cual es por su ley personal, cuando cambiara de domicilio y se trasladara á un país donde los principios que rigen la patria potestad son diferentes. Merlin profesaba esta opinión en la época del derecho antiguo; y cambió de parecer más tarde. Supone que un hijo nace bajo una ley que no admite la patria potestad; durante su minoría su padre va á morar en un país de derecho escrito, donde la patria potestad mantiene ligados á los hijos hasta que sean emancipados por un acto expreso y solemne. ¿Podrá pretender el hijo que no está sometido á la potestad de su padre, porque nació en un país gobernado por una ley diferente? Seguramente los magistrados le dirían: «Las leyes que interesan á orden público y á las buenas costumbres son obligatorias para todos los que habitan en el territorio que ellas rigen, y les obligan desde el momento en que lo pisan. Pues bien, tal es, siguiendo las ideas que nos han transmitido nuestros antepasados, la ley que somete al hijo á la patria potestad. ¿Qué nos importa por lo mismo que hayais vivido anteriormente bajo una ley menos rigurosa? No debemos permitir nosotros que, al vivir aquí en una independencia que ofendería costumbres ve-

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Patria potestad*, sec. VII, núm. 1.

nerables para nosotros, diérais á nuestros hijos ejemplos funestos (1)»

Merlin razona siempre en la hipótesis de que la patria potestad se rige por el domicilio del padre. A decir verdad, la potestad que el padre tiene sobre sus hijos, lo mismo que toda ley personal, es una cuestión de nacionalidad, de raza, y no una cuestión de habitación. Es precisamente en esta materia, en la que la oposición de las diversas nacionalidades brilla con evidencia. Los romanos no reconocen ningún derecho, ninguna individualidad en el hijo; pertenece á su padre como una cosa; la patria potestad es un derecho de dominio; y establecida en favor del padre no cesa sino cuando el padre le pone fin. No es este el sentimiento de los pueblos germanos; ellos respetan la individualidad del hombre hasta en su cuna; sin duda el hijo es incapaz; y esta es una razón para darle un protector, pero no un amo. En este sentido decían nuestras costumbres: *patria potestad no tiene lugar*. Ellas no querían dejar al hijo sin protección, pero no querían que el padre le tratase como su cosa. ¿Se dice con esto que semejantes leyes no radican en las entrañas del hombre, en su misma sangre? ¿Esta cambia cuando él cambia de residencia? ¿La ley que ha entrado en su sangre desde la concepción puede cambiar en lo de adelante? (2)

Merlin invoca el orden público y las buenas costumbres. Hagamos á un lado las buenas costumbres, pues ellas nada tienen que hacer aquí: los germanos que desechaban el poder romano, se atenían mejor á las buenas costumbres que los vasallos del imperio: eran de opinión, y no hacían mal, que el verdadero medio de desarrollar la moralidad

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III. § 2, artículo 8, núm. 2.

2 Así ha sido decidido por sentencia de la corte de Bruselas de 29 de Julio de 1865 (*Passierist* 1866, 2, páz. 57.) Un español, casado en Bélgica, conserva la plenitud de la patria potestad después de la muerte de su mujer, y no hay lugar á tutela, ni á subrogada tutela, conforme al derecho español. Este derecho constituye un estatuto personal que debe aplicarse en Bélgica.

del hijo es fortalecer su individualidad. Si los romanos daban al padre un poder absoluto y perpetuo sobre sus hijos, era menos por interés de las buenas costumbres que por interés del padre; y esta era, si se quiere, una consecuencia de sus ideas sobre la potestad. ¿Y por ventura un derecho establecido en provecho del padre es una de esas leyes de derecho público que dominan el estatuto personal? Por el contrario, el estatuto de la persona es el que debe prevalecer en esta materia más que en cualquiera otra, puesto que pertenece esencialmente al genio diverso de las diversas naciones. Un germano no se convierte en romano por el solo hecho de que se estableció en un territorio romano: ¿por qué, pues, se querría que fuese regido por la ley romana en sus relaciones más íntimas?

Si se fija uno en el domicilio para arreglar la patria potestad, el padre tendrá ó no á sus hijos bajo su potestad, segun que vaya á habitar una tierra romana ó un país de derecho no escrito. ¿Es esto lógico? ¿hay una razón que explique ó justifique esta anomalía? Es cierto que si el padre cambia de nacionalidad, se llega á consecuencias igualmente absurdas. El padre podrá tener hijos de diversa nacionalidad, y sobre los unos tendrá la potestad y sobre los otros no la tendrá. Hemos señalado ya estos conflictos, que no pueden desaparecer sino por los tratados y por la influencia lenta de las relaciones internacionales, que acabarán por establecer un derecho uniforme entre las naciones, al menos en cuanto á los grandes principios.

96. ¿La ley que concede al padre el usufructo de los bienes de sus hijos es personal, ó real? En el derecho antiguo, Dumoulin consideraba el estatuto como real; y la jurisprudencia se declaró en este sentido. Bouhier sostenía la personalidad (1), y creemos que su opinión todavía debe seguirse. No quiere decir esto que no haya al-

1. Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre del ducado de Borgoña*, cap. XXIV, núm. 37 y siguientes.

guna duda bajo el punto de vista de los principios tradicionales sobre la división de los estatutos. Es cierto que ateniéndose al artículo 3, sería necesario decir que el usufructo legal no es un estatuto personal porque no concierne al estado y capacidad de las personas; y no es de orden público puesto que puede derogarse por convenios particulares (Código civil, 387). ¿Pero se puede decir por otra parte, que la ley que concede al padre el goce de los bienes de sus hijos, tiene por objeto principal los bienes? No ciertamente, porque es á causa de la patria potestad como se da el usufructo al padre; y es una recompensa, un beneficio inherente á ella. He aquí consideraciones enteramente personales. Hay un motivo que nos parece terminante. El usufructo legal del padre no se concibe sin la patria potestad: es un derecho accesorio, y ¿de qué depende? De una potestad que constituye un *estado*; pues bien, ¿puede haber otra ley para lo accesorio á más de la que hay para lo principal? El texto del artículo 3 no es decisivo. Cuando un estatuto es personal, las consecuencias que de él se derivan lo son también; pero la patria potestad es esencialmente un estatuto personal; luego el usufructo que le es inherente y como dependiente de ella, debe tener la misma naturaleza.

Merlín es de opinión contraria, y merece detenerse en ella, porque está consagrada por la tradición. Resta saber si el espíritu del derecho moderno es también el del antiguo. Merlín parte del principio que todo estatuto es real, es decir, que toda ley se encierra en los límites de su territorio; y esto es verdad hablando de las leyes que arreglan el estado de las personas, así como de las concernientes á los bienes. ¿Por qué, pues, se da un efecto y una extensión más grande á las leyes personales? Porque habría inconvenientes en dividir el estado de las personas, y en considerarlas como capaces ó incapaces según que habitaran en tal ó cual país: pues capaces según su ley

personal, ó incapaces, deben serlo en todas partes. ¿No sería ridículo ver al mismo hombre infamado en su domicilio como un pródigo y honrado en otra parte como un buen padre de familia? Fué para evitar estas anomalías que habrían perturbado el orden público y desordenado el comercio, por lo que se dió á los estatutos personales un dominio precario fuera de su territorio. ¿Estas razones se aplican al usufructo legal del padre? No, evidentemente. ¡Que se nos diga qué inconveniente hay en restringir este goce al territorio de las leyes que lo conceden! ¡Qué! porque un padre gozara de los bienes que sus hijos tienen en una provincia y no gozara de aquellos que tiene en otra, ¿se perturbaría el orden público y el comercio se arruinaría? (1).

No, indudablemente. Pero ¿es exacto decir que el estatuto personal no es más que una excepción; que no tiene más que un dominio precario fuera de su territorio y que es necesario encerrarlo en él, á menos que el orden público ó el interés del comercio exijan que traspare esos límites? El estatuto personal tiene raíces mucho más profundas; y las hunde en lo que hay de más íntimo, de menos precario, en la individualidad humana; expresión de la raza á la que pertenece una persona, la sigue por todas partes, sin que pueda desprenderse de ella. Es necesario, según nuestro parecer, razonar como Merlin, pero en sentido opuesto: el estatuto personal debe prevalecer en todas partes, salvo cuando hay un interés mayor que se le oponga. Por lo mismo tenemos derecho para preguntar á nuestra vez: ¿dónde está el interés tan grande que impida que un padre tenga en todas partes los mismos derechos? ¿Acaso el orden público se perturbará, el comercio se arruinará si el padre percibe los frutos de los bienes de sus hijos? Sería ridículo, se confiesa, que un hombre fuese considerado como padre en su país y que

1. Merlin, *Repertorio*, en las palabras Patria potestad, sec. VII. núm. 1.

no lo fuera ya desde que hubiera pasado la frontera. Por esta vez Pascal tendría razón de burlarse de las leyes que hacen los hombres. No le dejemos este pretexto, y mantengamos la unidad del derecho que pertenece á la persona donde quiera que resida. Tal es el verdadero espíritu de las leyes personales.

Es necesario decir más. La realidad del estatuto que establece el usufructo legal, conduce á consecuencias que el derecho y el buen sentido no pueden aceptar. Nuestro código da el usufructo á la madre lo mismo que al padre, porque la madre tiene la patria potestad lo mismo que el padre. Si éste es un estatuto real, es necesario inferir que los bienes situados en Francia están afectos al usufructo legal en provecho de la madre extranjera. Puede suceder, sin embargo, que esta madre no tenga la patria potestad. ¡Tendría, pues, un derecho inherente á una potestad sin tener esta potestad! ¡Lo accesorio existiría sin el derecho principal del cual depende! Merlin retrocedió ante esta enormidad y usó una excepción á la realidad del estatuto, no concediendo el usufructo sino al que conforme á su ley personal goce de la patria potestad; ¿pero quién lo autoriza para hacer esta excepción? ¿No es esto huir de un absurdo para caer en otro? ¿Se concibe que un estatuto sea á la vez personal y real, es decir, que una sola y misma ley tenga por objeto principalmente á las personas y que tambien tenga principalmente por objeto los bienes? La necesidad en que se encontró Merlin de admitir una excepción, ¿no será la prueba más cierta de que es falso el principio de que parte? Hay que sostener la doctrina del presidente Bouhier: la patria potestad y el usufructo legal son dos derechos que no pueden estar separados el uno del otro, sino en el caso en que la ley permita renunciar el goce que concede al padre.

La jurisprudencia se ha dividido en esta difícil cuestión; hay fallos en el sentido de la personalidad del usufructo

legal, los hay en pro de la realidad y no faltan en favor de la opinión de Merlin (1).

97. ¿La ley que arregla la mayor edad forma un estatuto personal? Esta cuestión era muy controvertida en el derecho antiguo, lo que prueba cuán incierta y arbitraria es la doctrina de los estatutos; porque si hay una ley que tenga principalmente por objeto el estado de las personas y su capacidad, lo es y mucho la que declara á los hombres mayores ó menores, y por consecuencia, capaces ó incapaces. ¿No es eso el estatuto personal por excelencia? La dificultad fué decidida en este sentido en las provincias belgas por la autoridad soberana. Se lee en la *Colección de decretos del gran consejo de Malinas*, de Cuvelier: «La minoría de las personas dura diversamente por razón de las costumbres: en algunos países se extiende hasta los 20 ó 21 años, y en otros hasta los 25, en razón de que se ha dudado si se debía considerar el lugar de la situación de la cosa enajenada, ó del nacimiento del enajenador, ó del lugar donde estaba domiciliado. Los señores del consejo de Artois consultaron á este respecto á los señores del consejo privado (de Bruselas), y se decidió que se siguiera la costumbre del lugar del nacimiento.»

Merlin que reproduce este decreto, comenzó por enseñar la misma opinión. Nace un hijo, dice, y desde este momento, la costumbre del domicilio que tienen sus padres (en nuestra opinión, la nacionalidad de sus padres), imprime en él una nota ideable, porque ella determina su nacionalidad, y por consiguiente su ley personal; ella fija su estado, y arregla la edad en la cual será mayor. ¿Qué importa que el padre cambie de domicilio? Esto no influye en la nacionalidad, ni, por consiguiente, en la ley personal del hijo, ó, como dice Merlin, este cambio no puede bo-

1. Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, tomo 1º, núm. 188, pág. 100 y siguientes.

2. Decreto de 4 de Febrero de 1621, referido por Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Mayor edad*, § IV.

rrar la nota que imprime en el hijo la ley del nacimiento. ¡Qué! ¿un padre no puede enajenar los bienes de su hijo, y podrá, por una traslación de domicilio, cambiar su estado y convertirlo en menor de mayor que era? ¡Qué extravagancia resultaría de un sistema semejante! La persona misma sería hoy menor y mañana mayor de edad, según que habitara tal país ó tal otro. ¿Puede concebirse una versatilidad semejante en una cosa que por su naturaleza debe ser permanente? Estas razones parecían decisivas á Merlin. Es necesario por lo mismo resolver, sin vacilar, que el extranjero de edad de 21 años, pero nacido en un país donde la mayoría no se adquiere sino á los 25 cumplidos, no puede, para enajenar ó hipotecar sus inmuebles en Francia, prevalerse de la ley francesa que declara mayores en esta edad á los franceses. Menor por la ley de su nacimiento, será considerado en Francia como menor.

Después de haber expuesto el decreto del consejo privado de Bruselas, agrega Merlin: «La opinión que este decreto no contribuyó poco á hacerme adoptar hace más de 40 años, me parece hoy un grande error.» Merlin no nos dice cuáles fueron las razones que le hicieron cambiar de parecer. Es sin duda por ser consecuente con la opinión que emitió sobre la capacidad de la mujer casada y afectado por los inconvenientes que resultan del estatuto personal, inconvenientes que él mismo había señalado desde el principio y que eran mucho más grandes en el derecho antiguo, en el que la mayoría variaba de una costumbre á otra; pero que ya han desaparecido hoy porque el conflicto no existe sino entre las leyes nacionales. Los inconvenientes son ciertos. Si yo me encuentro obligado á recurrir á ley del nacimiento, ¡cuántas contrariedades habrá en el comercio y cuánta perturbación en el orden civil! Merlin pone acerca de esto un ejemplo que pasma. Encuentro en Valenciennes un jóven de edad de 15 años; y contrato con él de buena fe, porque está domiciliado en es-

ta ciudad y acabo de ver morir en ella á su padre; sin embargo, se descubre en seguida que este joven nació en Mons y que el derecho municipal de esta última ciudad nulifica el contrato que celebró conmigo. El estatuto de Valencianas que permite á un joven de 15 años vivir y contratar sin tutor, es por lo mismo un lazo del que se debe desconfiar y que se ha tendido para engañar á los que en él se fian.

¿Qué respondía Merlin á esas consideraciones de hecho que se invocaban contra el estatuto personal? Decía que las razones deducidas de los principios verdaderos deben sin contradicción imponerse á los inconvenientes que no se encuentran siempre, y esto tanto más cuanto que al que contrata con un menor, le toca informarse sobre su estado y capacidad. Nada más justo, pues el juez no decide conforme á los inconvenientes ó ventajas que presenta una ley, sino que juzga según los principios del derecho del cual es órgano. Ahora bien, los principios no dejan duda alguna ni aún bajo el punto de vista de la doctrina tradicional de los estatutos, y Merlin mismo los formula esta vez con su exactitud habitual. La ley que da á una persona un cierto estado y una cierta condición, es personal. Lo mismo sucede con la ley que permite á un hombre capaz por su estado, ó prohíbe á un hombre incapaz por su estado, un acto, cualquiera que este sea, de la vida civil, como contratar, enajenar; porque las permisiones ó prohibiciones que ella contiene, no son, por decirlo así, más que los corolarios del estado de la persona. La consecuencia que resulta de estos principios es evidente, pues el estatuto de la mayoría plena y entera, es personal, y se extiende á los bienes situados fuera de su territorio. Sobre la personalidad de la ley no puede haber duda; ¿y qué sería una ley personal, si sus efectos no se extendieran á los bienes, cualquiera que sea el país donde se encuentran? No es precisamente por razón de la administración y de la disposi-

ción de los bienes por lo que las leyes establecen la mayoría ó mantienen la minoría de edad.

Sin embargo, existen sentencias en el sentido de la realidad del estatuto que fija la mayor edad y la capacidad que de ella resulta. La corte de París falló que el extranjero que es menor conforme á las leyes de su país, aun cuando tenga la edad de 21 años, no puede invocar su minoría ante los tribunales franceses para nulificar las obligaciones que hubiera suscrito en Francia en provecho de acreedores franceses (1). La misma decisión hay de la corte de Bruselas. Un francés, nacido en París, llegó á establecerse en Bélgica, y allí fué emancipado y contrajo matrimonio; fijó allí su domicilio, y á la edad de 23 años firmó una fianza en favor de un habitante del país. La obligación era nula conforme al estatuto personal del extranjero y válida conforme á la costumbre de Bruselas; fué declarada válida en virtud de la ley del domicilio (2). Estos son los inconvenientes señalados por Merlin y que arrastraron á las cortes de Bruselas y de París. Estos mismos inconvenientes dieron lugar á la doctrina del interés francés. M. Demolombe la adoptó; pero las consecuencias mismas que de ella dedujo, prueban, á nuestro juicio, que es inadmisibles.

M. Demolombe admite el estatuto personal del extranjero, pero reconoce en el juez el derecho de aplicarlo ó no, nulificando ó sosteniendo los actos jurídicos celebrados por el extranjero, según que lo exigiera el interés del francés con quien había contratado. Sin embargo, agrega una restricción y es la de que el francés no haya obrado con ligereza y con imprudencia. ¿Cuándo puede decirse que obró ligeramente? Nueva distinción, entre las obligaciones contraídas por ministración de alimentos, alquileres de casa,

1 Sentencia de 17 de Junio de 1834 (Daloz, *Repertorio*, en las palabras *Efectos de comercio*, núm. 877.

2 Sentencia de 8 de Agosto de 1814 (Daloz, en la palabra *Ley*, núm. 401).

y las ventas de inmuebles, ó préstamos; para las primeras, el juez no admitirá el estatuto personal, mientras que lo admitirá muy fácilmente para las demás (1). ¿Quién no ve que esto es convertir al juez en legislador? Si la mayoría de edad forma un estatuto personal, esto es una ley, y ¿el juez puede modificar una ley según las circunstancias de la causa? ¿Puede hoy declarar mayor á un extranjero, haciendo válidas las obligaciones que contrajo por alimentos, y mañana declararlo menor nulificando las ventas en que hubiera convenido? ¿No es un principio elemental en esta materia, que el estado de las personas no se divide? En rigor puede concebirse que el extranjero, menor conforme á la ley de su país, sea mayor en Francia: y las leyes pueden decidirlo así; pero ¿se concibe que bajo una sola y misma ley el extranjero sea unas veces mayor, y otras menor, según el interés del francés con quien contrató? En vano se invoca el interés francés; porque á los que contratan, les toca velar por sus intereses; y cuando el legislador declara incapaz á una persona, le permite pedir la nulidad de los actos que ha celebrado, aun cuando aquél con quien contrató hubiese ignorado la incapacidad: así es como se entiende la interdicción del menor, porque la ley no pone más excepción que la del caso de dolo (artículos 1307, 1310). Tal es también la única excepción que se puede admitir en el estatuto personal; si el extranjero hubiese empleado maniobras fraudulentas para hacerse pasar como mayor, el juez aplicaría por analogía los artículos 1307 y 1310; y su decisión tendría una base jurídica, mientras que el sistema del interés conduce á la mayor arbitrariedad (2).

1 Demolombe. *Curso del código de Napoleón*, tomo 1º, núm. 102, páginas 101 y 102. Un fallo de la corte de Bruselas, de 25 de Febrero de 1830, admitió este sistema para las obligaciones contraídas por una mujer extranjera (*Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1830. 111. pág. 100). La corte de casación de Francia consagró la misma doctrina para los menores por sentencia del 16 de Enero de 1861 (Dalloz, *Colección periódica*, 1861. 1. 193).

2 Esta es la opinión de M. Demangeat, *Del estatuto personal (Revista práctica de derecho francés*, tomo I. pág. 56.)

98. El estado del que sufre la interdicción da lugar á una dificultad particular. Su estado y la incapacidad que le afecta, son el resultado de una sentencia; pues bien, los fallos dados por los tribunales extranjeros no producen efecto en Francia, sino cuando han sido ejecutoriados por un tribunal francés. ¿Debe aplicarse este principio á las sentencias que declaran la interdicción de un extranjero? Los autores están de acuerdo en decir que los artículos 2126 del Código civil y el 546 del de procedimientos no son aplicables á la interdicción, porque la causa de que los fallos extranjeros no sean ejecutorios en Francia, no concierne al estado de las personas. Lo que el legislador quiso prohibir es la ejecución forzosa sobre la persona y bienes del deudor. En cuanto al estado, importa poco que proceda de una ley ó de una sentencia; porque desde que está establecido legalmente en el país á que pertenece la persona, forma un estatuto personal y sigue á la persona en todas partes donde ella reside (1).

Existen sentencias contrarias. La corte de París decidió que la interdicción declarada en el extranjero por un acto extrajudicial, y no homologado por los tribunales franceses, no hace incapaz al que sufre aquella de administrar los bienes que tiene en Francia ni de ocurrir á los tribunales (2). Esta decisión no puede justificarse bajo el punto de vista de los principios; pero debe confesarse que la opinión generalmente aceptada, tiene un inconveniente. ¿Cómo pueden conocer los franceses los actos judiciales ó extrajudiciales que en el extranjero declaran la interdicción de una persona? ¿Estarán pues ligados por actos que ignoran, y que no pueden conocer! El inconveniente es real; pero no puede sobreponerse á los principios. Únicamente

1 Merlin, en las palabras *Mayor edad*, § 5, y en las palabras *Cuestión de estado*; Demangeat, en la *Revista práctica de derecho francés*, tomo I, pág. 53. Decidido así por la corte de Lieja en sentencia de 10 de Abril de 1867. (*Passicrisis*, 1867, II, 236.) para los fallos que declaran la separación corporal.

2 Sentencia de 18 de Septiembre de 1833 (Daloz, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 465.)

demuestra la necesidad de tratados que arreglen la materia de los estatutos.

El inconveniente que señalamos no existe únicamente para los actos judiciales ó extrajudiciales, pues se ha objetado más de una vez, contra el estatuto personal, que las leyes extranjeras son desconocidas en Francia y que esto no obstante se aplican á los franceses que las ignoran, en virtud del estatuto personal de los extranjeros, con quienes tratan. ¿No es esto violar el principio fundamental de que las leyes no publicadas no son obligatorias? Se puede responder que no es como ley francesa, como los tribunales aplican el estatuto personal del extranjero, sino como ley extranjera, y que por lo mismo basta que haya sido publicada en el extranjero. Mas esta respuesta, justa conforme á la sutileza del derecho, no impide que, de hecho, las leyes extranjeras sean desconocidas en Francia. No hay más que un medio para remediar este inconveniente, y es el de consignar en los tratados los principios del derecho civil internacional. Los tratados prescribirían igualmente la publicidad de los actos judiciales ó extrajudiciales concernientes al estado de las personas. Esto es necesario, no solamente para los particulares, sino también para los jueces; porque ignoran frecuentemente las leyes extranjeras, ó no tienen de ellas más que un conocimiento incópleto, y publicados los tratados les servirían de leyes.

§ 3 Estatutos reales.

NÚM. I. DE LAS FORMAS INSTRUMENTALES.

99. Las formas instrumentales son un estatuto real, en el sentido de que es la ley del lugar donde los actos pasaron, la que debe observarse, no teniendo en cuenta, ni la nacionalidad de las partes ni la situación de los bienes. Este principio se aplica sin dificultad á los actos auténticos. El artículo 47 nos da de ello un ejemplo. Las actas

del estado civil son actas auténticas. ¿En qué forma deben extenderse si son recibidas en país extranjero? Según las formas usadas en dicho país, responde el artículo, es decir, que las actas así extendidas harán fé. El artículo 999 contiene una disposición análoga para los testamentos auténticos, que son válidos cuando han sido hechos según las formas prescritas por la ley del país donde se verificó el acto.

La aplicación del principio á los actos y á los contratos solemnes da lugar á una dificultad muy seria. Tales son las donaciones, los contratos de matrimonio, las hipotecas, y tales también los testamentos. Hablaremos primero de los contratos solemnes; y en cuanto á los testamentos, están regidos por una disposición especial (artículo 999). Sabido es, que existe una gran diferencia entre las formas de los actos solemnes y las formas prescritas para los actos no solemnes. La escritura formada para comprobar una venta no sirve más que para la prueba: no es necesaria para la validez de la venta ni mucho menos para su existencia; mientras que en la donación la forma es una condición requerida para que el contrato exista; y si las formas no se han observado, no hay donación (artículo 1339): la solemnidad es por lo mismo la esencia del acto jurídico, en el sentido de que él no tiene existencia alguna ante la ley, si no ha sido escriturado en las formas que ella establece. Lo que el Código civil dice de las donaciones, debe decirse del contrato de matrimonio y del de hipoteca: pues la forma auténtica se requiere no solamente para la validez de esos contratos, sino para su existencia.

Supongamos que se hizo por un francés una donación en un país extranjero, y que en dicho país la ley permite hacer las donaciones en escrito firmado en papel simple; ¿el acto será válido, si se han observado esas formas? La cuestión se ha debatido, y hay alguna duda. Se decidió por la corte de París, que los contratos de matrimonio que

contienen donaciones, eran válidos, aunque estuvieran extendidos y firmados en papel simple, porque la ley del lugar donde habían sido hechos admitía esta forma (1). Aparentemente la corte hizo una justa aplicación del principio: *locus regit actum*. Los actos habían pasado en Munich y en Londres. Los que celebran convenios matrimoniales en Alemania ó en Inglaterra, se dirigen naturalmente á los prácticos del país en que habitan, ¿y estos pueden observar otras formas diversas de aquellas que prescriben sus leyes y que únicamente conocen? Debe pues aplicarse el adagio que acabamos de citar y que en todas partes se ha adoptado. Tal es, efectivamente, la opinión que se sigue en lo general (2).

Nos es imposible admitirla. Se pretende que no se trata más que de una forma extrínseca, y no de una forma intrínseca concerniente al fondo. Nos parece que aquí está el error. Cuando las partes extienden un acta de venta, es evidente que la forma de la acta nada tiene de común con el fondo, con el contrato; ¿pero sucede lo mismo en la donación? No, ciertamente, puesto que según los términos formales del artículo 1339, el vicio de forma trae consigo no solamente la nulidad de lo escrito, sino también la nulidad, y además la no existencia de la donación. El vicio, hablando en verdad, no consiste en la forma, está en el consentimiento, lo que evidentemente concierne al fondo; porque en efecto, en los contratos solemnes el consentimiento no existe sino cuando está expresado en las formas exigidas por la ley; y cuando esas formas no han sido observadas, no hay consentimiento, y por consiguiente, no hay contrato. Inferimos de aquí que un contrato solemne, para el cual la ley francesa prescribe la autenticidad, no puede ser otorgado en el extranjero en papel simple fir-

1 Sentencias, del 11 de Mayo de 1816, y del 22 de Noviembre de 1828 (Sirey, 1817, II, 10; 1829, II, 77.)

2 Demolombe. *Curso del Código de Napoleón*, tomo I núm. 105.

mado. ¿Es esto violar la máxima: *locus regit actum*? Ciertamente, porque para decidir de la validez del acto auténtico, otorgado en el extranjero, se aplicará la ley del lugar donde tuvo lugar el acto, y no la ley francesa. La autenticidad es de la esencia del acto; y la forma de la autenticidad es una condición extrínseca.

Puesto que tenemos en contra nuestra la jurisprudencia y la doctrina, se nos permitirá invocar la autoridad de uno de nuestros antiguos, del presidente Bouhier, que hizo un estudio tan profundo de los estatutos. La costumbre de Borgoña permitía el uso de los testamentos ológrafos; pero con la condición de que se pusieran dentro de una cubierta firmada por un notario y dos testigos. Supongamos, dice Bouhier, que un borgoñés se encuentra en París y que quiere hacer un testamento ológrafo. ¿Bastará con que observe la costumbre de París que no exige ningún sobreescrito? Responde que la cubierta es absolutamente necesaria, siendo la razón de esto que es una forma intrínseca, exigida para asegurar la fecha de los testamentos. ¿Se dice con esto que la cubierta extendida en París debe hacerse por un notario y dos testigos, como lo exige la costumbre de Borgoña? No, aquí la ley del lugar recobra su dominio. Todo lo que la costumbre quiere es que haya una cubierta auténtica, y en el ducado de Borgoña se seguirá la costumbre del lugar; así como en otras partes, la ley local; en París, por ejemplo, dos notarios podrán recibir la acta con cubierta, sin testigos; y el objeto de la costumbre de Borgoña se habrá llenado perfectamente (1).

Definitivamente, en los contratos solemnes, la forma relativa al consentimiento, es regida por la ley personal. Si esta ley exige la autenticidad, se necesita que en el extran-

1. Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre de Borgoña*, cap. XXVIII, núms. 15-17. (Obras, tomo 1º, p. 767).

jero se practique un acto auténtico, aun cuando la ley del lugar donde se otorga el acto, admitiera el escrito en papel simple firmado; pero en cuanto á las formas bajo las cuales debe ser admitido un acto para que sea auténtico, se aplicará el adagio: *locus regit actum*. Cuando la ley personal no exige la autenticidad, bastará con una acta firmada en papel simple. Si, pues, un inglés hiciera una donación, podría hacerla en papel simple firmado, y los tribunales franceses admitirían la validez de esta donación con tal que se hubiesen observado las formas prescritas para los escritos firmados en papel simple, según la ley del lugar donde pasó el acto.

Nuestra opinión se confirma por la ley hipotecaria belga. Ella admite, al contrario del Código de Napoleón, que los contratos verificados en el extranjero establezcan una hipoteca sobre los inmuebles situados en Bélgica; ¿pero estos contratos pueden ser admitidos en documento firmado en papel simple en los países que admitirían esta forma? No, el artículo 77 exige que se admitan en la forma auténtica prescrita por la ley del lugar donde está constituida la hipoteca. ¿Por qué? Porque la hipoteca es un contrato solemne, y lo mismo sucede con la hipoteca legal de la mujer casada. La ley de 16 de Diciembre de 1851, concede esta hipoteca á la mujer extranjera, lo mismo que á la mujer belga; ¿pero qué ley se seguirá para las condiciones de forma? La ley belga, para la condición de la autenticidad del contrato de matrimonio, contrato solemne; y la ley extranjera, para las formas del acto auténtico (artículo 2 adicional).

100. El testamento es un acto solemne; pero á diferencia de las donaciones y de las hipotecas, puede hacerse en papel simple firmado ó en documento auténtico. ¿En qué forma podrá testar el francés en el extranjero? El artículo 999 responde, que podrá testar en documento auténtico con las formas usadas en el lugar donde se verifica el

acto. Esta es la aplicación del adagio *locus regit actum* (1). Podrá también testar por acta firmada en papel simple, dice el artículo 999, pero entonces debe seguir las formas prescritas por el código. Aquí la ley deroga al adagio; y se refiere al estatuto personal y no al real. Esto es tan cierto, que el testamento ológrafo, hecho por el francés en país extranjero sería válido, aun cuando las leyes de ese país no admitieran esta forma de testar. La razón porque la ley deroga al adagio, es muy sencilla: el lugar donde el testador escribe el testamento ológrafo es indiferente, porque es la obra de sólo el testador; y éste no debe ni aun indicar el lugar donde lo escribe. Desde luego se concibe que la ley del lugar no se ha tomado en consideración.

Se pregunta si un extranjero puede testar en Francia en la forma ológrafa, observando las formas prescritas por el artículo 970. La cuestión dividía ya á los autores antiguos y siempre ha sido controvertida. Para no complicarla haremos á un lado el derecho antiguo, pues los principios y nuestros textos bastan para decidirla. Es necesario ante todo, distinguir los diversos casos que pueden presentarse. Supongamos en primer lugar que el estatuto personal del extranjero prohíbe el testamento ológrafo. Una holandesa había hecho un testamento ológrafo en Francia. Se le atacó, fundándose en el código de los Países-Bajos, que dice: (artículo 992): «Un Irlandés en *país extranjero* no podrá hacer su testamento sino por documento auténtico y observando las formas usadas en el país donde haya de otorgarse aquel. Esto no obstante podrá también disponer por manifestación escrita por su mano de la manera señalada por el artículo 982.» Este artículo permite el testamento ológrafo, pero únicamente para las disposiciones concernien-

1 Por aplicación del artículo 999, la corte de Rouhen decidió que el testamento hecho en Inglaterra por un francés, en presencia de cuatro testigos, es válido. El recurso de casación fué desechado por sentencia de 6 de Febrero de 1843 (Dallóz, 1841, 2, 40; 1843, 1, 208).

tes á la ejecución testamentaria, los funerales, los legados de vestidos, de ropa blanca para el usa del cuerpo, de aderezos ó de ciertos muebles. La corte de Orleans declaró válido el testamento por aplicación de la máxima *locus regit actum* (1): la sentencia fué dada contra las conclusiones del ministerio público. Creemos que en esto se hizo una falsa aplicación del adagio. Antes de decidir sobre la forma en que debe extenderse el testamento ológrafo, debe verse si el testador puede hacer un testamento semejante. Cuando su estatuto personal se lo prohíbe la autenticidad se convierte en una condición esencial para la validez del testamento, en el sentido de que no es permitido al testador manifestar su voluntad en otra forma. De allí se sigue que la forma auténtica es, en ese caso, una condición intrínseca, como lo es para los contratos llamados *solemnnes*. A nuestro juicio, la donación no puede hacerse al extranjero, por un documento firmado en papel simple. Es necesario decir otro tanto del testamento, conforme á la legislación holandesa. Esto no es una violación de la máxima *locus regit actum*, pues el adagio no se aplica más que á las formas *instrumentales*.

La cuestión es enteramente distinta cuando el estatuto personal no exige la autenticidad para la validez de las disposiciones testamentarias, y así sucede en la legislación inglesa que no admite nuestro testamento ológrafo, pero no prescribe la autenticidad, como condición de validez, tal cual lo hace el código holandés. Por consiguiente estamos de nuevo bajo la máxima que declara válidos, en cuanto á su forma, los actos practicados conforme á las leyes del país donde tuvieron lugar. Puede por lo mismo un inglés testar en Francia en la forma ológrafa, y la corte de París lo ha decidido así (2).

Con mucha más razón puede el extranjero hacer un testamento ológrafo en Francia, si su estatuto personal ad-

1 Sentencia de 3 de Agosto de 1859 (Dallóz. 1859, 2, 159.)

2 Sentencia de 25 de Agosto de 1847, (Dallóz. 1847, 2, 273).

mite esta manera de testar, aunque prescribiendo formas que difieran de las establecidas por el Código de Napoleón. Viene entónces la cuestión de si el extranjero debe seguir las formas de la ley francesa. La dificultad es esta: ¿el adagio *locus regit actum* concede una simple facultad, ó impone una obligación? En principio, ese texto es todo á la vez facultativo y obligatorio, en el sentido de que el extranjero puede seguir la ley del lugar donde texta, pero también lo debe. Merlin dice que no tiene la elección entre las formas de su país y las del lugar donde se encuentra. Esto es evidente en lo que toca al testamento auténtico; pero ¿debe decirse otro tanto del testamento ológrafo, puesto que él es tambien un acto solemne, en el sentido de que las formalidades del artículo 970 deben observarse bajo pena de nulidad? (artículo 1001). Es cierto que no interviene el oficial público en el testamento ológrafo; pero hay otra consideración que nos parece decisiva, y es la de que el testamento debe hacer fé en todos los países donde el testador tiene bienes; y las leyes de esos diversos países siendo diferentes, no es posible que el testador llene formas opuestas; ha sido, pues, necesario fijarse en una sola, y la del lugar donde se verifique el acto, pareció la más conveniente; es á ella, por consecuencia, á la que es preciso atenerse de preferencia á cualquiera otra (1).

En principio, esta doctrina es incontestable; ¿pero no es necesario admitir una excepción, con fundamento del artículo 999? Si, conforme al estatuto personal del extranjero, el testamento ológrafo puede y debe hacerse por solo el testador, ¿por qué no se le permitiría testar en Francia segun las leyes de su país, así como el código permite al francés testar en el extranjero en la forma oló-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Testamento*, sec. II, § 4, art. 2. La corte de casación falló que un testamento ológrafo hecho en Francia por un extranjero es nulo, si no reúne todas las condiciones de forma prescritas por el Código de Napoleón (Sentencia del 9 de Marzo de 1853, en Dallóz, 1853, I, 217.)

grafa prescrita por la ley francesa? Hay el mismo motivo para decidir, dónde debe haber la misma decisión. Esto supone que el estuto personal no es contrario; y si ordenaba la intervención de un oficial público, como lo hacía la costumbre de Borgoña, el acto no sería ya un simple escrito firmado en papel simple, sino que participaría del carácter auténtico, y por consiguiente la ley del lugar recobraría su autoridad.

101. ¿El principio de que la ley del lugar determina las formalidades del acto, se aplica á los escritos firmados en papel simple? Esta cuestión tiene dos fases. Se pregunta en primer lugar si el escrito es válido cuando ha sido hecho conforme á las costumbres usadas en el país donde se extendió. Un extranjero practica en Francia un acto firmado en papel simple con las formas prescritas por los artículos 1325 y 1326: ¿este escrito es válido, suponiendo que el estatuto personal ó el estatuto real prescriban otras formas? Debe responderse afirmativamente. El adagio es general y se aplica á los actos firmados en papel simple tanto como á los actos auténticos. Sin embargo, existe un motivo de duda. El adagio se funda sobre todo en la necesidad, es decir, en la imposibilidad en que se encuentra el extranjero de seguir otras formas que las del lugar donde se halla, debiendo intervenir en el acto un oficial público, cuyo oficial está obligado á ejecutar las leyes de su país. Ahora bien, en las actas firmadas en papel simple no interviene oficial público; y en rigor podrían hacerse conforme al estatuto personal, ó conforme al estatuto real. A pesar de esta razón de duda, debe preferirse el estatuto local, porque siempre hay un motivo determinante para aplicarlo. Los que extienden un escrito firmado en papel simple en el extranjero, no conocen el uso de otras formas, que las del lugar donde residen; y muy frecuentemente no son las mismas partes contratantes quienes las cumplen sino los agentes de negocios, ó los notarios, ó los abogados,

que siguen siempre el formulario tradicional y local. En este sentido, si no hay necesidad absoluta, sí hay al menos grande utilidad en aplicar el adagio *locus regit actum*.

Es otra la cuestión de si las partes interesadas deben conformarse necesariamente á la ley del lugar donde extienden el acta firmada en papel simple; y no pueden seguir la ley del país á que pertenecen? El código decidió la dificultad respecto del testamento ológrafo, permitiendo al francés que testara en esta forma en el extranjero según la ley francesa. Creemos que debe aplicarse por analogía el artículo 999 á los escritos que comprueban convenios unilaterales ó bilaterales. Hay más que analogía, pues hay un argumento *á fortiori*. Efectivamente, el testamento es un acto solemne; las formas en él son substanciales; y si el legislador permite á los franceses testar conforme á la ley francesa cuando se encuentran en país extranjero, con más fuerte razón debe permitirles seguir la ley francesa, cuando se trata simplemente de procurarse una prueba literal de sus contratos.

¿Podría también el extranjero prevalerse de la disposición del artículo 999? Esto es más dudoso puesto que el código de Napoleón no es su ley personal. Sin embargo, creemos que en Francia podrá hacer actas firmadas en papel simple en la forma de su estatuto personal, y efectivamente, el lugar es cosa indiferente en esos actos, porque se juzgan extendidas en el país á que pertenece el extranjero; y desde luego deben ser válidas si están redactadas conforme á la ley de ese país. La cuestión se hace más difícil, si un extranjero practicase un acto en el extranjero, en las formas de la ley francesa; pues se supone naturalmente que el acta está destinada á ser presentada en Francia. Hay una sentencia de la corte de casación por la afirmativa. Un extranjero da en Nueva York un poder firmado en papel simple á efecto de hipotecar bienes situados en Francia: el poder es válido conforme á la ley francesa, mien-

tras que es nulo conforme á la ley americana que exige un acto auténtico. La corte declaró válida la hipoteca (1). Existe aquí una duda. No se puede invocar ya el artículo 999, puesto que este aplica el estatuto personal; y se deroga por lo mismo la ley del lugar por la sola razón de que el acta está destinada á ser presentada en Francia. ¿No sería necesario para eso, ó una ley ó un tratado?

102. Además de las formas instrumentales, hay las formalidades que los autores llaman *habilitantes*, y son aquellas que hacen capaces para practicar ciertos actos á las personas que por estado son incapaces. Tal es la autorización marital, necesaria para que una mujer pueda contratar ó comparecer en juicio; y tales son también la autorización del consejo de familia y la homologación del tribunal, requeridas para que el tutor pueda enajenar los inmuebles de su pupilo. ¿Esas formalidades dependen de la ley del lugar? Es evidente que no, y hasta es impropio que se califique de *forma* la autorización; porque es una condición prescrita para la validez de los actos concernientes á los incapaces. Por consiguiente, ya no se trata de formas á las cuales se aplica el adagio *locus regit actum*, pues la autorización del marido tiene por objeto, no asegurar la libre expresión del consentimiento de la mujer, sino cubrir su incapacidad, siendo por lo mismo una consecuencia del estatuto personal. La mujer francesa que contrata en el extranjero deberá estar autorizada conforme á la ley francesa, y la falta de autorización haría nulo el contrato (2).

Hay otras formalidades que son del estatuto real. Nuestra ley hipotecaria quiere que las actas traslativas de derechos reales inmobiliarios sean transcritas. Si el propieta-

1 Sentencia de 5 de Julio de 1827 (Dallóz, en la palabra *Ley*, número 430).

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 7; Dallóz, en la palabra *Leyes*, núms. 427 y 440.

rio de inmuebles situados en Bélgica los vende al extranjero en un país donde la transcripción no se requiere, ¿el comprador, belga ó extranjero, debe sin embargo transcribir el acta de venta, conforme á la ley de 16 de Diciembre de 1851? La afirmativa no tiene duda. Conforme á la doctrina tradicional de los estatutos, es cierto que la transcripción forma un estatuto real, y que nada tiene de común con la ley del lugar donde se otorga el acto. Ni aun necesidad hay de invocar el principio de los estatutos para decidirlo así. La transcripción está prescrita en interés de los terceros y por un interés general. Ahora bien, las leyes que se han hecho por un interés general obligan necesariamente á todos los que poseen bienes en el país para el cual se han hecho; tanto para los extranjeros como para los indígenas; y es como propietarios como deben transcribir los compradores, y no como belgas, lo que decide la cuestión.

103. Hay formalidades que los autores llaman *intrínsecas* ó *viscerales*, y son estas las que constituyen la esencia del acto, que le dan el ser y sin las cuales no puede existir. Tal es el consentimiento de las partes. Impropiamente se da el nombre de *formalidad* al consentimiento, pues no debe manifestarse por escrito ni aun de palabra; desde luego nada hay que se parezca á una formalidad. El consentimiento se requiere para la validez y aun para la existencia de los convenios; porque sin consentimiento no hay contrato. Lo mismo sucede con todas las formalidades que se llaman *intrínsecas*; y así en materia de venta, la *cosa* y el *precio* se requieren para que haya venta. Se pregunta ¿cuál es la ley que rige esas condiciones esenciales de los convenios?

Se responde, por costumbre, que esas formalidades dependen de la ley del lugar donde se hace el contrato; y se invoca la regla de que todo lo que es de uso en los países donde se contrata, se presume tácitamente convenido por las

partes. El Código civil parece sancionar esta doctrina diciendo en el artículo 1159: «Lo que es ambiguo se interpreta por lo que es de uso en el país donde el contrato ha tenido lugar.» Creemos que el principio debe ser formulado de otra manera. ¿Por qué quiere el legislador que se consulten los usos del país donde se celebra el contrato, para interpretarlo? Porque supone que las partes conocen esos usos y que se han referido á ellos. La suposición es una verdad evidente, cuando las partes pertenecen al país donde contratan; pues deben conocer entónces las leyes y los usos bajo cuyo dominio viven. Lo mismo sucede también con los extranjeros que allí están domiciliados, es decir, que tienen allí su principal establecimiento. Esto supone, en efecto, una residencia más ó menos larga, y por consiguiente el conocimiento de las leyes y de los usos. El extranjero domiciliado en Francia conocerá mejor las leyes francesas que las de su país. Hay, según el código de Napoleón, una especie de presunción legal para decidirlo así, y se que el extranjero domiciliado goza en Francia de todos los derechos civiles, y teniendo el goce de los derechos conferidos por las leyes francesas, puede y debe suponerse que las conoce y que se ha sometido á ellas en todo lo concerniente á las relaciones de interés privado; ¿pero puede decirse lo mismo del extranjero simplemente residente ó pasajero? No, por cierto: y no puede suponersele la intención de seguir las leyes que ignora. Conforme á esto, sería necesario decir que es el estatuto personal el que, en principio, arregla las condiciones requeridas para la validez ó para la existencia de los convenios, á ménos que el domicilio no coincida con la nacionalidad; y en este caso la ley sería la del domicilio.

104. Conforme á los mismos principios, nos parece, debe decidirse la cuestión sobre cuál es la ley que arregla los efectos de los contratos. Los contratantes, se dice, se consideran sometidos á las leyes del país donde tratan, y

este principio se aplica á los extranjeros y á los indígenas. Qué importa, dice Merlin, que las partes sean extranjeras; la necesidad obliga á sujetarse á la ley del país donde se contrata; y efectivamente, ¿qué ley se seguiría si los contratantes pertenecieran á diferentes países? Se ha fallado, en ese sentido, que debe apreciarse conforme á las leyes francesas un contrato de sociedad celebrado en Francia, aun cuando ese contrato haya sido ejecutado en país extranjero. También se ha decidido que es la ley del país donde se forma el contrato de préstamo, y no la del país donde el prestamista está domiciliado, la que determina la tasa del interés (1).

No admitimos esas decisiones sino con reservas. Los efectos de los contratos dependen ante todo, de la intención de las partes contratantes; ¿y qué ley se juzga que deben seguir? Evidentemente la ley que conocen. Si pues el contrato ocurriera entre dos extranjeros no domiciliados en Francia, no sería la ley francesa, sino la ley extranjera la que debiera consultarse para apreciar la intención de los contratantes, é ignorando la ley del país en que se encuentran, no pueden tener voluntad de referirse á ella. Si las partes pertenecen á países diferentes, se puede decir con Merlin que no habrá más razón para consultar la una que para consultar la otra, y que por lo mismo hay necesidad de estarse á la ley del lugar donde se verificó el acto (2).

La cuestión admite todavía otra solución. ¿No es la ley del lugar donde el contrato debe ejecutarse la que arregla los efectos? Una ley romana parece decidirlo así: el jurisconsulto Juliano dice que cada uno se considera que ha

1 Véanse las sentencias en Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 441. Una sentencia de la corte de casación de 23 de Febrero de 1864 (Dallóz, *Colección periódica*, 1864, 1, 168), decide de una manera absoluta que los contratos se rigen por la ley del lugar donde se han celebrado, en cuanto á la forma, á las condiciones fundamentales, y al modo de prueba.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 2.

contratado, allí donde está obligado á pagar. (1). La corte de Bruselas invocó esta ley para fallar que un contrato celebrado en Inglaterra debía interpretarse conforme á las leyes belgas, porque debía ejecutarse en Bélgica; el acto había tenido lugar en Inglaterra entre un inglés y un belga. En los motivos de la sentencia se lee que, el principio establecido por la ley romana se há seguido siempre en Bélgica, y que es conforme á la razón y á la equidad (2). Un gran jurisconsulto se decidió en favor de esta opinión. Savigny pregunta cuál es el verdadero asiento de la obligación: ¿es el lugar donde tuvo origen, ó el lugar donde se cumple? Responde que el lugar donde una obligación se forma es un hecho accidental, pasajero, y extraño á la esencia de aquella. ¿Qué es lo que constituye la esencia de la obligación? Mientras que no se cumple, es incierta y depende del libre arbitrio del deudor; su cumplimiento es lo que la hace cierta, y en su ejecución es en lo que debe fijarse la atención de las partes contratantes, y por tanto el lugar donde se ejecute la obligación será el que determine la ley conforme á la cual las partes han creído contratar (3).

No es sino con vacilación como nos atrevemos á combatir una doctrina que tiene en su favor la autoridad de un nombre tan grande. Nos parece que Savigny propone la cuestión de una manera muy abstracta, al preguntar cuál es el asiento de la obligación. Hablando en verdad, la obligación no tiene asiento, puesto que es un vínculo de derecho; ¿qué efectos debe producir este vínculo? Los efectos están determinados por la voluntad de las partes contratantes, puesto que su voluntad es la que constituye su ley. Por lo mismo todo depende de la voluntad de las partes, y si han manifestado su intención, está dicho todo. Si no la han expresado, debe verse cuál es su intención

1 L. 21, D. *De obligat. et action.* XLIV, 7.

2 Sentencia de 24 de Febrero de 1849 (*Passierisiz*, 1849, 11, 107).

3 Savigny. *Tratado de derecho romano*, traducido por Guenoux, tomo VIII, § 370. págs. 205 y siguientes.

probable; pues bien, es probable ciertamente que las partes quisieron arreglar los efectos de sus convenios por la ley bajo el dominio de la cual viven. Esta probabilidad se convierte en certidumbre cuando ambas partes pertenecen á la misma nación; el acreedor y el deudor son franceses, la obligación debe cumplirse en Inglaterra; ¿cuál es la ley que las partes conocen? Es la ley francesa, á la que se refieren, y no á la inglesa que comunmente ignoran. Suponemos que están domiciliados en Francia; pero si ambos tenían su domicilio en Inglaterra, será la ley inglesa la que arreglará los efectos de la obligación, no porque el contrato deba ejecutarse en Inglaterra, sino porque establecidos allí, se juzga que conocen la ley inglesa mejor que la francesa.

¿Pero qué debe decidirse si una de las partes es inglesa y la otra francesa? Se supone que el contrato debe ejecutarse en Francia aun cuando haya sido celebrado en Inglaterra. Entónces es más difícil penetrar la intención, puesto que puede ser diversa en ambas partes. No se puede decir que es la ley inglesa más bién que la francesa, puesto que es igual la posición de las dos partes, y no hay razón para decidirse mas bién por el deudor que por el acreedor. Hay que escoger entre el lugar donde se formó el contrato y aquel donde debe cumplirse. En la duda, decidiríamos que las partes tuvieron presente la ley del lugar donde contrataron, y como la intención es dudosa, es necesario ver dónde está el asiento de la obligación; ahora bien, está allí donde se formó, y en el que adquirió la certidumbre de que habla Savigny; y desde el momento en que intervino el consentimiento, nada hay ya de incierto. Esto es tan verdadero en derecho francés, que la propiedad se trasmite por solo el concurso de las voluntades, y es el lugar donde todo se consuma, el que también debe determinar el derecho conforme al cual se arreglan los efectos del contrato.

Queda todavía una duda por la que no puede ser destruída la ciencia, puesto que la cuestión es y será siempre controvertible; y ni aun puede serlo por las leyes, porque las del lugar donde se celebró el contrato, y las del lugar donde se ejecuta podrán ser contrarias. No hay más que un medio para resolver la dificultad y prevenir los pleitos, y es el de celebrar tratados que arreglen los principios del derecho internacional privado.

NÚM. 2. LEYES DE POLICÍA.

105. Las leyes de policía y de seguridad son leyes reales, porque segun los términos del artículo 3 del código obligan á todos los que habitan el territorio. No podrá haber la menor duda sobre el principio; porque se deriva del derecho y deber que tienen las naciones de conservarse; pero la aplicación ha dado lugar á dificultades. ¿Qué debe entenderse por leyes de policía y de seguridad? Es cierto que la palabra *leyes* debe tomarse en su más amplia acepción, y que comprende no sólo los actos del poder legislativo, sino también los reglamentos municipales, pues estos tienen fuerza de ley para los habitantes del municipio y pueden semejarse á las leyes. Es cierto también que por leyes de policía y de seguridad el legislador quiso designar todas aquellas que tienen por objeto conservar el orden social. De allí se infiere que no es necesario limitar el principio á las leyes penales; pues existe una policía preventiva, cuyo objeto es impedir los delitos, y pertenece ciertamente al orden público. La jurisprudencia francesa dió mayor extensión al principio del artículo 3; y vamos á trasladar las decisiones agregando á ellas nuestras reservas.

106. La ley de 26 germinal, año XI, prohibió toda demanda de nulidad de los divorcios declarados antes de la publicación del Código civil. Sabido es que el divorcio fué introducido en Francia por la legislación revolucionaria; y

que las leyes que lo organizaron tenían un carácter político, particularmente las que admitían el divorcio por causa de emigración ó de ausencia; y lo permitían con sólo la prueba de ausencia ó de emigración, sin más formalidad, ni más prueba. El Código civil redujo la facultad de divorciarse á límites mucho más estrechos. Por el temor de que las leyes revolucionarias diesen lugar á pleitos sin fin, creyó de su deber el legislador prohibir toda demanda de nulidad de divorcios declarados anteriormente. Merlin explica muy bien el carácter político de la ley de 26 germinal: «El legislador, dice, debió considerar que el espíritu de partido se fija siempre en esos negocios que le suministran materia constante para las declaraciones virulentas contra las leyes de 1792 y del año III, y todavía más contra la Revolución, sin la cual indudablemente esas leyes jamás habrían existido; pero sin las cuales también estaríamos todavía bajo el yugo de la feudalidad y de todos los horrores que ella traía consigo.» Teniendo por objeto la ley del año XI proscribir las acciones que propendían á perpetuar agitaciones y recuerdos que era necesario extinguir, se la debe considerar como una ley de policía general, que puso bajo su dominio á todos los que habitan el territorio. La corte de casación adoptó este sistema en el famoso negocio Mac-Mahon (1).

¿No es esto traspasar los límites del artículo 3? ¿Puede decirse que una ley relativa al divorcio concierne á la policía y á la seguridad? ¿La cuestión del divorcio no es, antes de todo, del dominio de las leyes personales? ¿No era, pues, la ley extranjera la que debía aplicarse, puesto que las partes interesadas eran extranjeras? Que el legislador vigile para que los franceses no lleguen á atacar las leyes revolucionarias y la Revolución misma ante los tribunales franceses, se concibe; pero que la seguridad de la Francia y

1 Sentencia del 22 de Marzo de 1806 y la requisitoria de Merlin, en su *Repertorio*, en la palabra *Divorcio*, sec. IV. § 10.

su tranquilidad se comprometieran, si un extranjero pedía la nulidad de un divorcio, es cuestión, por lo ménos, dudosa.

107. Existen otras decisiones que nos parecen abiertamente contrarias á los principios (1). Un extranjero pide la separación corporal contra su cónyuge extranjero. El Tribunal se declara incompetente, pero autoriza á la mujer para abandonar el domicilio conyugal, á fin de proveer á la seguridad personal del esposo más débil. Se sostiene el matrimonio, y por consiguiente, la potestad marital, y se destroza esa misma potestad. ¿No habría sido más lógico y más humano declararse competente y decretar la separación corporal? ¿La cualidad de extranjero puede llegar al extremo de una denegación de justicia? ¿En virtud de qué ley autoriza el tribunal á la mujer para abandonar á su marido? ¿Es en virtud del artículo 3? ¿Pero ese mismo artículo 3 no consagra la potestad del marido, reconociendo implícitamente el estatuto personal del extranjero? ¡El Tribunal rehusa declarar la separación corporal entre dos esposos extranjeros, y al mismo tiempo la decreta de hecho, permitiendo á la mujer que viva separada!

También se ha decidido por la corte de París que el marido extranjero podía ser obligado á dar alimentos á su mujer, por interés del orden público. ¿Por qué, en lugar de invocar el orden público, la corte no invocó el matrimonio y las obligaciones que de él nacen? porque siempre los tribunales franceses se declaran incompetentes entre extranjeros, pero no se atreven á llevar hasta el extremo esta doctrina, porque de ello resultaría una injusticia que clamaría al cielo; y hacen por lo mismo, indirectamente, en nombre del orden público, lo que no creen poder hacer directamente. Volveremos á tratar esta cuestión de competencia, y por ahora basta hacer notar que el artículo 3

1. Esas decisiones están trasladadas por Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, tomo 1º, núm. 70.

no justifica la decisión que criticamos. La seguridad de la Francia ni su tranquilidad son causa para que un marido extranjero no suministre alimentos á su mujer; porque se trata de intereses puramente privados; pero esos intereses no por eso son ménos sagrados, y deben encontrar protección en la justicia humana.

NÚM. 3. LEYES CONCERNIENTES Á LOS INMUEBLES.

108. «Los inmuebles, dice el artículo 3, aun los poseídos por extranjeros, están regidos por la ley francesa.» Este es el estatuto real por excelencia. ¿Debe aplicarse á las sucesiones? Cuando es llamado un extranjero á recoger, por título de herencia, los inmuebles situados en Francia, ¿la sucesión se arregla por la ley francesa? Hay que decidir una cuestión preliminar. Antes de indagar por qué ley está regido el derecho del extranjero, es necesario ver si existe un derecho. El Código civil no lo reconocía sino á título de reciprocidad (artículos 726, 912). En principio, pues, el extranjero no gozaba del derecho hereditario; pero las leyes posteriores al código se lo han concedido, la del 14 de Julio de 1819, en Francia, y la del 27 de Abril de 1865, en Bélgica. Resta ver si el derecho hereditario del extranjero se rige por el estatuto real ó por el estatuto personal. Los jurisconsultos franceses se han decidido siempre por la aplicación del estatuto real. «En materia de sucesión, dice Boullenois, es la ley de la situación de los bienes la que debe seguirse para determinar los que deben suceder, á qué bienes y en qué porciones (1).» Merlin, después de haber copiado el artículo 3, dice que de allí resulta *sin dificultad*, que los inmuebles que el extranjero posee en Francia, serán regidos en su sucesión *ab intestato*, no por la ley de su país, sino por la

1 Boullenois. *Tratado de la personalidad y de la realidad de las leyes*, tomo 2º, p. 383.

ley francesa, y que no puede disponer de ellos, como los franceses, á título gratuito, con perjuicio de sus hijos ó de sus ascendientes, sino hasta la concurrencia de la cuota determinada por los artículos 913 y 915 del Código civil (1). Esta opinión es adoptada por todos los autores franceses y está consagrada por la jurisprudencia. Se ha sentenciado por la corte de casación, que la transmisión de los bienes por vía de su sucesión se rige exclusivamente por el derecho civil de cada pueblo, siguiendo la situación de los bienes, y se ha fallado por la misma corte que la disposición del testamento de un extranjero, aunque exceda la cuota disponible conforme á las leyes de su país, es válida en Francia, relativamente á los inmuebles que allí están situados, si la liberalidad no excede de lo disponible fijado por la ley francesa (2).

La opinión consagrada por la doctrina y la jurisprudencia se funda en la distinción de los estatutos. ¿Qué es lo que la ley toma en consideración al tratar de las sucesiones? dice M. Demolombe. El objeto inmediato y esencial del legislador son los bienes y su transmisión, cuyo estatuto es real. Lo mismo sucede con las leyes que arreglan la reserva y lo disponible, pues tienen por objeto determinar á quién serán transmitidos, si al donatario, al legatario ó al legitimario; porque la reserva no es más que una parte de la sucesión *ab intestato*, siendo por tanto de la misma naturaleza. Podría creerse que la prohibición de disponer más allá de la cuota fijada por la ley, produce una incapacidad, y que por consiguiente el estatuto es personal. A decir verdad, el padre no es incapaz, ó al menos la incapacidad

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 2.

2 Sentencia de 24 de Junio de 1839 (Dallóz, en la palabra *Tratado*, núm. 156); fallo de 19 de Abril de 1841 (Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 417); Sentencia de 4 de Marzo de 1858 (Dallóz, *Colección periódica*, 1857, t. 1, 102). Por aplicación de este principio, la corte de casación decidió que los tribunales franceses eran los únicos competentes para conocer de una acción de reducción de liberalidades hechas por un extranjero, cuando las liberalidades tienen por objeto los inmuebles situados en Francia. (Sentencia de 22 de Marzo de 1865, en Dallóz, 1865, t. 1, 107).

que le impone la ley, no es el objeto, es el medio; porque el objeto es la trasmisión de los bienes á los reservatarios, y el medio es la prohibición de disponer. Si hubiera incapacidad, la disposición excesiva sería nula, mientras que es válida si al tiempo del fallecimiento no hay legitimarios (1).

109. La opinión tradicional encontró un rudo adversario. Savigny, el profesor ilustre de Berlín, dice que es imposible aplicar á la sucesión la ley del estatuto real. Ese estatuto supone que se trata de inmuebles determinados sitios en tal ó cual país; mientras que la sucesión es, como generalmente se dice, una universalidad de derecho, que comprende los inmuebles y los muebles, los derechos y las deudas, careciendo de situación local: ¿dónde se colocará el lugar de los créditos y el de las obligaciones? Aunque haya inmuebles, puede haber más de pasivo que de activo; ¿dónde estará el asiento de semejante herencia? La sucesión es la trasmisión que se hace en virtud de la ley ó de la voluntad del difunto, de su patrimonio á otras personas. Esto es, hablando en verdad, una extensión del poder del hombre más allá del término donde debería detenerse, más allá de la vida. ¿No es eso un provecho esencialmente personal? ¿No se dice que el heredero continúa la persona del difunto? Desde luego la ley que arregla las sucesiones forma un estatuto personal. ¿En qué principio se funda la ley para transmitir los bienes del difunto á tales ó cuales de sus parientes? En su voluntad presunta. Hé aquí todavía un elemento de personalidad; porque ¿qué hay de más personal que la voluntad? Resta saber si la voluntad puede variar siguiendo la naturaleza y la situación de los bienes. ¿Tenemos una voluntad diferente para los muebles y para los inmuebles? ¿Tenemos tal voluntad para los inmuebles situados en Francia y tal otra para los inmuebles situados

1 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, tomo 1º, núm. 80; Marcadé, *Curso de derecho civil francés*, tomo 1º, p. 51.

en otra parte? No, ciertamente; pues bién, siendo la voluntad única, la ley que de ella se deriva debe también ser única, y es ella la que rige la persona (1).

Esta opinión cuenta en su favor los nombres más célebres en la ciencia del derecho entre nuestros vecinos de Alemania, y aspira á dominar en todas las escuelas, tanto entre los germanistas como entre los romanistas. Mittermaier está de acuerdo con Savigny. La jurisprudencia la ha consagrado (2); pero nó ha encontrado aceptación en Francia; y no conocemos más que dos autores de origen alemán, Zachariæ y M. Arntz, que la hayan adoptado (3).

Bajo el punto de vista de nuestro derecho positivo es inadmisible. Es cierto que el artículo 3 habla de los inmuebles y no de una universalidad de derecho, tal como la herencia; pero los autores antiguos hacían otro tanto, y sin embargo no vacilaban en aplicar el estatuto real á la sucesión, y son los principios tradicionales los que los autores del código entendieron consagrar. Esto decide la cuestión. Mas si conforme á nuestros textos, la ley que rige la sucesión es un estatuto real, es cierto que conforme á los verdaderos principios, el estatuto es personal. Tenemos en derecho francés un axioma que expresa con una singular energía la identidad del heredero y del difunto: «La muerte se apodera del vivo y su heredero el más próximo.» Es tan cierto, que el heredero se identifica con el difunto, que hasta continúa la posesión que el difunto comenzó. La sucesión es, pues, una prolongación de la persona del difunto: ¿puede concebirse un derecho más personal? Se objeta que no es exacto que las leyes relativas á las sucesiones *ab intestado* sean la expresión de la voluntad presunta del difunto, cuando se ve á un colateral del duodécimo

1 Savigny, *Tratado de derecho romano*, traducido por Guenoux, tomo VIII, §§ 375 y 376.

2 Fœlix, *Tratado del derecho internacional privado*, p. 82.

3 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, tomo 1º, § 31. núm. 4. Arntz, *Curso de derecho civil francés*, tomo 1º, núm. 72.

grado concurrir con el padre ó la madre del difunto, ¿puede decirse que el legislador tuvo á la vista el afecto del difunto por sus parientes? Es cierto que el sistema del código conduce á consecuencias que están en oposición con la voluntad presunta del difunto; pero esto no impide que el legislador se guíe en lo general por la afección, por los lazos más ó menos próximos del parentesco, para conferir las sucesiones; pues bien, desde que la voluntad del hombre desempeña el gran papel en la trasmisión de sus bienes, el estatuto debería ser personal. Se insiste, y se dice que si la voluntad del hombre se toma en consideración para la sucesión *ab intestato*, no sucede así ciertamente cuando el difunto dispuso de sus bienes por donación ó testamento y dejó herederos reservatarios. En ese caso, lejos de respetar la voluntad del difunto, el legislador la destroza. Nada más cierto, ¿pero por qué? precisamente por razón de los lazos íntimos que existen entre los reservatarios y el difunto. ¿Hay cosa más personal que el deber y que el respeto? Pues bien, el legislador llama á su deber al padre que lo desconocía, y al respeto al hijo que le huella bajo los piés. ¿Y se quiere que la ley que sanciona este deber y este respeto sea una ley real que se preocupe exclusivamente de los bienes y de su trasmisión?

En fin, se pretende que la ley que arregla la sucesión es esencialmente política, y que como tal, debe regir á todos los habitantes del territorio y á todos los inmuebles que en él están situados (1). No negamos el carácter político de las leyes de sucesión; aristocráticas bajo el régimen antiguo, propendían á perpetuar la aristocracia, concentrando en una sola cabeza la fortuna inmobiliar de las familias. Después de la Revolución de 89 se convirtieron en democráticas, y han hecho penetrar los principios de libertad y de igualdad en todas las capas de la sociedad. Esto es in-

1. Valette en Proudhon. *Tratado sobre el estado de las personas*, tomo 1º, p. 98.

contestable; pero ¿qué es lo que prueba? Que el legislador quiere democratizar ' Francia, y nada más natural y más legítimo; ¿pero puede tener la misma pretensión para con los extranjeros? Respecto de éstos la personalidad recobra su dominio, y el legislador debe respetarla, si quiere que en el extranjero se respete la personalidad del francés. Agreguemos que si hubiera en el estatuto personal del extranjero un principio hostil al derecho público de Francia, este sería el caso de aplicar la excepción admitida por todo el mundo; que el estatuto personal cede ante un interés social. Volveremos á tratar este punto.

110. De esta manera la ley que arregla las sucesiones, real conforme á la doctrina tradicional de los estatutos, es personal conforme á los verdaderos principios. Hé aquí ya una grave preocupación contra la teoría de los estatutos, nuestras dudas aumentando en cada nuevo estatuto real que encontramos. El artículo 907 dice que: el menor no puede disponer en provecho de su tutor, aunque haya llegado á la edad de 16 años; y aun cuando se haya hecho mayor, no puede disponer en provecho de aquel que ha sido su tutor mientras que éste no haya rendido la cuenta de la tutela. Estatuto real, dice la doctrina, porque tiene por objeto principal los bienes; y no es esta una incapacidad que el legislador quiere crear, pues no tiene en mira el estado del menor, sino la conservación de sus bienes (1). Esto es muy justo, si se atiende á la teoría tradicional; pero la consecuencia testifica contra el principio. ¡Qué! el legislador quiere conservar los bienes del menor y le permite disponer de ellos en provecho de quien él quiera! Solo el tutor está exceptuado y lo está también por todo el tiempo que dure la tutela, hasta que hecho mayor el pupilo pueda disponer en provecho de su tutor con tal que

1. Dalloz. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 411.

éste haya rendido sus cuentas. Esto nos revela el espíritu y el objeto de la ley. El menor no es libre cuando dispone en provecho de su tutor; entónces hay una condición de capacidad que le falta; y es incapaz por razón de su estado y de la potestad tutelar. ¿No son esos los caracteres de una ley personal? ¿Derivándose del estado del menor la incapacidad, no le debe seguir á todas partes? ¡El legislador protegería á un incapaz en cuanto á los bienes que tiene en Francia y no le protegería en cuanto á los bienes que tiene en Inglaterra! Si la ley extranjera permite al menor disponer en provecho de su tutor, ¿por qué la ley francesa se lo prohibiría? En apoyo de esta opinión se puede invocar también el texto mismo del Código de Napoleón. El capítulo II se intitula: De la capacidad de disponer ó de recibir. Es por lo mismo una condición de capacidad la establecida por el artículo 907, y desde entónces el estatuto es personal.

III. Conforme á los términos del artículo 908, el hijo natural nada puede recibir por donación entre vivos ó por testamento, fuera de lo que le ha concedido el título de Sucesiones. Hé aquí todavía un estatuto real, según la mayor parte de los autores. No hiere al hijo natural con una verdadera incapacidad, se dice. En efecto, desde que él no está ya en concurrencia con los parientes legítimos, su padre puede darle todos sus bienes. ¿Cuál es pues el objeto del legislador? El de confirmar la ley sobre las sucesiones; porque teme que el padre esté demasiado dispuesto á despojar á sus parientes legítimos en provecho de sus hijos naturales; pues quiere conservar los bienes en la familia legítima. Esta cuestión es dudosa, aun bajo el punto de vista de los principios tradicionales sobre los estatutos. Puede decirse: no, el objeto de la ley no es el de conservar los bienes á los parientes legítimos, porque desde que éstos no son reservatarios, el difunto puede dar todo, con tal de que no se trate de hijo natural; hay pues aquí una

verdadera incapacidad, y por tanto un estatuto personal (1). Si se escudriñan los motivos de la ley, la cosa nos parece evidente. El hijo natural está en concurso con los parientes legítimos; ¿por qué la ley limita la porción de bienes que puede recoger? Para honrar el parentesco legítimo y por consiguiente el matrimonio; para reprobear el concubinato y separar á los hijos á quienes dió la existencia. Es pues más bien un motivo de estado el que determinó al legislador. Aquí tenemos por qué, cuando no hay parientes legítimos, el hijo natural puede recibir todo; y es que entónces el interés del matrimonio está fuera de toda cuestión y no existe ya el escándalo que habría si los parientes naturales fuesen preferidos á los legítimos. De esta manera es como la ley declara al hijo natural capaz ó no de recibir, y es siempre en honor del matrimonio como dicta sus disposiciones. ¡Y así se quiere que esta ley sea real, y que no tenga en mira más que los bienes!

112. Hay leyes y costumbres que prohíben á la mujer obligarse por su marido. La corte de casación ha visto en esta prohibición un estatuto real, y tiene razón en el sentido de que la ley quiere impedir que la mujer se despoje y despoje á sus hijos en provecho de su marido; la ley tiene pues por objeto la conservación de sus bienes; pero la sentencia misma que lo decide así nos da un motivo de duda, bajo el punto de vista de los verdaderos principios. Ella agrega que ese estatuto tiene el carácter de una convención tácita, bajo cuya fé el matrimonio fué contraído (2). Si es este un convenio, ¿no es necesario, ante todo, consultar la intención de las partes contratantes? ¿Y esta intención puede depender de la situación de los bienes? ¿Los esposos tienen una intención respecto de los bienes situados en Francia, y otra respecto de los situados en Ingla-

1 Marcadé expone muy bien los motivos en favor y en contra de la realidad del estatuto, *Curso elemental del derecho civil*, tomo I. pág. 52.

2 Sentencia de 25 de Marzo de 1840 (Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 411).

terra? Si es este un convenio, los efectos que debe producir se arreglan, no conforme á la ley del lugar donde los bienes están situados, sino conforme al estatuto personal, ó según el del domicilio, si este difiere de la nacionalidad. La personalidad del estatuto es cierta si se consideran los motivos que hicieron establecer la prohibición. Indudablemente la ley quiere impedir que la mujer se despoje y despoje á sus hijos: ¿es decir con esto que tiene en mira principalmente los bienes de la mujer? Si tal hubiera sido el objeto del legislador habría debido declararla absolutamente incapaz; pero entonces también la personalidad del estatuto hubiera sido incontestable. Si la ley prohíbe á la mujer obligarse por su marido, permitiéndole obligarse por terceros, es porque ella ha supuesto que la mujer no es libre para negar su consentimiento cuando se trata de su marido. Por tanto es un elemento esencial de la capacidad el que falte el consentimiento ó que esté alterado: ¿no es este un estatuto esencialmente personal?

113. La prohibición impuesta á los esposos de mejorarse mutuamente, en ciertos casos, es un estatuto real. En efecto, tiene por objeto impedir principalmente que los esposos se despojen el uno al otro, y por consiguiente tiende á conservar los bienes de cada uno de ellos para sus herederos. Los antiguos parlamentos lo decidieron así, y se pueden ver en Boullenois los testimonios de nuestros más grandes jurisconsultos que participan de esta opinión. Dumoulin y Argentré, en desacuerdo en todo, son en esto del mismo parecer (1). Bajo el punto de vista de la doctrina tradicional la cuestión no existe (2); pero si se deja á un la-

1 Boullenois, *Tratado de la personalidad y de la realidad de los estatutos*, tomo II, p. 100 y siguientes.

2 Fallado así por sentencia de la corte de casación de 4 de Marzo de 1857 (Dallóz, *Colección periódica*, 1857, 1, 102). La misma sentencia decide que la ley sarda que prohíbe á los esposos estipular otra sociedad sobre la de las adquisiciones, es un estatuto real. Bajo el punto de vista de la doctrina tradicional, la decisión es irreprochable, pero ¿qué decir conforme á la intención de las partes, conforme á la razón?

do la tradición para consultar la razón, dudas serias se suscitan contra la realidad de ese estatuto. La ley tiene por objeto, se dice, conservar los bienes á los esposos; ¡y sin embargo, les permite darlos á quienes quieran! Existe por lo mismo una prohibición que se asemeja de una manera singular á una incapacidad. ¿No está fundada en consideraciones deducidas del matrimonio? ¿El legislador no temió la influencia excesiva de un cónyuge sobre el otro? ¿No resulta de allí una violencia moral, una especie de vicio del consentimiento? Y todo lo que se dirige al consentimiento, ¿no es personal por esencia?

Merlin confiesa que los motivos de la ley son personales, y que quiere asegurar, dice, entre los esposos la unión y la concordia. ¿No es esta una razón para declarar el estatuto personal? No, responde; para discernir si un estatuto es real ó personal, no hay que fijarse en los motivos que han podido decidir al legislador, basta considerar el objeto de la ley. Ahora bien, ¿cuál es el objeto de una ley que prohíbe las ventajas entre los esposos? Los jurisconsultos romanos nos lo dicen, es el impedir á los esposos despojarse mutuamente de sus bienes, y es sobre estos sobre los que recae el estatuto, y por tanto es real (1). Merlin razona lógicamente; ¿pero la lógica no atestigua aquí contra la doctrina? ¡Qué! ¿es necesario hacer abstracción de los motivos porque el legislador estableció la prohibición? ¿No es esa una manera mecánica de interpretar las leyes? ¡Los motivos son el espíritu de la ley, son su alma; y es necesario hacer á un lado el alma y asirse del cuerpo! El legislador teme que el consentimiento de los esposos se altere por la influencia abusiva que el uno ejerce sobre el otro; pero limita su temor y su solicitud á los inmuebles situados en Francia, y si los esposos disponen de bienes situados en un país donde la ley les permite despojarse el

1 Merlin. *Cuestiones de derecho*, en las palabras *ventajas entre esposos*, § 2.

uno al otro, la ley francesa aprueba: ¡el consentimiento es vicioso en Francia y libre en Inglaterra! Nos parece imposible partir así y desgarrar la voluntad del hombre.

114. La corte de Lieja falló que el estatuto que prohíbe al marido enajenar los inmuebles de la mujer sin su consentimiento, es real (1). Existe siempre la misma razón; que la ley tiene por objeto principal conservar los inmuebles de la mujer. Indudablemente; ¿pero cuál es el principio de la prohibición? ¿No es la voluntad misma de las partes contratantes? Es cierto que los derechos del marido sobre los bienes de la mujer dependen de los convenios matrimoniales de los esposos, expresos cuando arreglan ellos mismos sus intereses, tácitos cuando se refieren á la ley que forma el derecho común. Ahora bien, ¿los convenios no resultan de la voluntad de las partes? ¿Y qué hay de más personal que la voluntad? Los esposos no quieren que el marido enajene los inmuebles de la mujer, situados en Francia; pero si están situados en Alemania, ¡su voluntad es distinta! ¿La voluntad se divide y cambia según la situación de los bienes? El derecho francés dice que los convenios matrimoniales son irrevocables, ¿y no es esto decir que la voluntad de los esposos sea fijada tal cual se expresó cuando el contrato? ¡Y se quiere sin embargo que cambie de un país al otro y que cambie sin que tengan conciencia de ello, porque aun no conocen esas legislaciones locales según las cuales se les hace querer lo contrario de lo que realmente han querido!

115. ¿Cuál ley arregla la enajenación ó no enajenación de la dote? Casi todos los autores se declaran por la realidad del estatuto; y esta opinión ha sido consagrada por numerosas sentencias de la corte de casación. Se ha fallado que el estatuto que tiene por objeto la conservación de una cierta especie de bienes en las familias, es esencialmen-

1 Sentencia de 31 de Julio de 1811 (Dallóz, en la palabra *Leyes*, número 413).

te real. De esto se infiere que una mujer extranjera, casada bajo el régimen dotal, no puede enajenar sus inmuebles dotales situados en Francia, si no es en los casos en que como excepción lo permite la ley francesa (1). Esta opinión está fundada en la doctrina tradicional de los estatutos. Para que un estatuto sea personal, dice la corte de Lyon, se necesita que arregle directamente, y haciendo abstracción de los bienes, la capacidad ó incapacidad general y absoluta de las personas para contratar; cuando una ley reconoce como capaz de enajenar sus bienes á una persona, y le prohíbe únicamente enajenar ciertos bienes, este último estatuto es real, porque sólo tiene por objeto esos bienes. Tal es la ley que declara no enajenables los bienes dotales; porque la mujer casada bajo el régimen dotal no está afecta á una incapacidad general y absoluta, pues por el contrario permanece capaz para enajenar sus bienes parafenales; y solamente le está prohibido enajenar ciertos bienes, como los inmuebles dotales; y la ley que estableció la no enajenación del fondo dotal es por lo mismo real. Existe otra razón para decidirlo así, y nos la dan las leyes romanas: importa á la sociedad que las mujeres conserven su dote, porque está interesada en que cuando sean viudas, pueden volverse á casar (2).

No pretendemos criticar una opinión que tiene en su favor la doctrina de los autores y la jurisprudencia de las sentencias. Únicamente nos parece que la decisión testifica contra el principio en que se apoya, porque efectivamente conduce á violar la intención de las partes contratantes, la cual constituye su ley. Conforme al derecho francés, es cierto que la inalienabilidad del fondo dotal no es impuesta á los esposos, y que son libres para declarar

1 Véanse los autores y las sentencias citados en Dallóz, en la palabra *Leyes*, núms. 412 y 413; Merlin, *Cuestiones de derecho*, en las palabras *Régimen dotal*, § 1.º núm. 2.

2 Sentencia de la corte de Lyon de 23 de Enero de 1823, confirmada por la corte de casación (Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 388).

que los bienes dotales inmuebles son enajenables. Todo depende de su voluntad, y esta voluntad puede ser expresa ó táctica. Es suficiente que los esposos se casen bajo el dominio de una ley que declara enajenables los bienes dotales, para que puedan enajenarlos si no existen convenios en contrario. Supongamos que conforme á sus convenios tácitos, celebrados en el extranjero, los bienes dotales sean enajenables. ¿Se prohibirá sin embargo á esos esposos enajenar los fondos dotales situados en Francia! ¿Y por qué? Porque en virtud del mecanismo jurídico que arregla esta materia, el estatuto es real. ¿Acaso la ley real puede sobreponerse alguna vez á la voluntad de las partes en una materia en la que todo depende de su voluntad? En vano se invoca el interés general; si hubiera un interés general de por medio, la ley no permitiría á los esposos violarlo. La verdad es que existe conflicto de intereses: el interés social exige que los bienes permanezcan en el comercio; y el interés de la mujer y de los hijos exige que los bienes se pongan á cubierto de las disipaciones del marido, lo que es también un interés general: en ese conflicto, la ley se ha referido á los esposos. Desde luego su voluntad es la ley: si quieren garantir á la mujer contra su debilidad y las violencias del marido, es necesario que su voluntad sea respetada lo mismo que debe serlo, si declaran que los bienes dotales podrán enajenarse. Ahora bien, ¿es respetar la voluntad de los esposos decidir que, á pesar suyo, los inmuebles dotales serán enajenables ó inenajenables? (1)

116. La ley que concede una hipoteca á los menores sobre los bienes del tutor, y á las mujeres casadas sobre los del marido, ¿es real ó personal? Esta es una cuestión muy debatida (2). Hay un punto preliminar que

1 Esta es la opinión de Demangeat, *Del estatuto personal* (*Revista práctica de derecho francés*, tomo 1º págs. 59 y siguientes).

2 Véanse las fuentes, en Dallóz, en las palabras *Privilegios é hipotecas*, núms. 868 y siguientes.

decidir. ¿Acaso la hipoteca legal es uno de esos derechos civiles que la ley no concede más que á los franceses, y que rehusa por lo mismo á los extranjeros? Si la hipoteca legal es un derecho civil, en el sentido estricto de la palabra, es inútil discutir la personalidad ó la realidad de la ley que la establece; puesto que, en ese caso, el extranjero nunca podrá ejercitarlo sobre los bienes situados en Francia. Únicamente, cuando goza de ese derecho, se puede preguntar si es regido por la ley francesa ó por la extranjera. No entramos en este debate preliminar, habiendo sido decidida la cuestión en favor de los extranjeros por nuestra ley hipotecaria de 16 de Diciembre de 1851 (artículo 2 adicional).

Los menores extranjeros y las mujeres extranjeras pueden por lo mismo tener una hipoteca legal sobre los bienes del tutor y del marido, situados en Bélgica, y aun parece que nuestra ley consigna que esta hipoteca les pertenece siempre, puesto que dice: «El menor extranjero *tendrá* hipoteca legal; y la mujer extranjera *tendrá* hipoteca legal,» y agrega la ley: aun cuando la tutela haya sido conferida en país extranjero, y aun cuando la mujer se haya casado en país extranjero. Pero el texto no tiene el sentido absoluto que parece. El objeto del legislador no fué decidir que es real el estatuto de la hipoteca legal, sino cortar la controversia que existía sobre la cuestión de si la hipoteca legal era un derecho civil; resolviendo que es un derecho natural. Resta saber por cuál ley es regido este derecho. El legislador belga no entendió preguzgar esta cuestión; y la prueba es que la comisión del senado se preguntó, si el menor extranjero tendría una hipoteca legal en Bélgica, cuando conforme á las leyes de su país no tiene esta garantía, y la resolución decide la cuestión contra el menor. No decimos que la opinión de la comisión haga ley, pues siempre subsiste la cuestión en toda su integridad, á pesar de los términos imperativos del artículo 2 adicional.

Creemos, con la comisión del Senado, que el estatuto de la hipoteca legal es personal, en el sentido de que es la ley extranjera la que decide á qué garantía tienen derecho el menor y la mujer casada. Es necesario no perder de vista que la hipoteca no es mas que un accesorio del crédito principal. ¿De dónde nace este crédito? De la tutela y del matrimonio, como de dos hechos que constituyen un estado del que se deriva una incapacidad. El crédito principal ocupa el lugar de un estatuto personal: ¿no debe suceder lo mismo con la garantía que le asegure? Los motivos por los que la ley concede una hipoteca á los menores y á las mujeres casadas conducen á la misma conclusión. Es á los incapaces, á quienes la ley da esta garantía, y es porque el menor y la mujer casada no pueden cuidar por sí mismos sus intereses por lo que el legislador interviene y estipula por ellos, haciendo lo que ellos harían si tuvieran capacidad. Una garantía dada á un incapaz, por razón de su incapacidad, ¿no es una dependencia del estatuto personal, y no participa de la naturaleza de ese estatuto? ¿La hipoteca legal no es personal en el sentido de que se considera estipulada por el acreedor?

Existe además otra consideración que viene en apoyo de esta opinión. La tutela se abre en el extranjero, el menor es extranjero; ¿cuáles serán las garantías de que gozará para su persona y para sus bienes? Es evidentemente la ley personal la que decide esta cuestión; y la decide conforme á las costumbres, la tradición, el estado social, todos los elementos nacionales y personales. Aquí hay un colegio pupilar, allí son los tribunales los que intervienen, en otras partes es el consejo de familia y tiene seguridades reales. ¿El menor puede acumular todas esas garantías? Respecto de aquellas que se derivan de ciertas instituciones, tales como el consejo de familia y el colegio pupilar, esto sería imposible; pues en rigor las garantías reales podrán existir y concurrir con otras medidas previsoras. Con todo, habría una

mezcla de sistemas contrarios, lo que sería poco jurídico. Al decir que el estatuto de la hipoteca legal es personal, no queremos decir que la hipoteca se organizará y ejercerá conforme á la ley extranjera. Nuestra ley hipotecaria dice lo contrario: quiere que las hipotecas legales de los extranjeros se especialicen y hagan públicas, conforme á las prescripciones de la legislación belga. Con mayor razón sucede lo mismo en el ejercicio de la acción hipotecaria. Es que la especialidad y publicidad de las hipotecas se han establecido en provecho de terceros y por lo mismo en un interés general; desde luego los extranjeros deben llenar estas formalidades, lo mismo que los indígenas. En cuanto al modo de ejercitar el derecho hipotecario pertenece al derecho público, lo mismo que todo el procedimiento; ó en otros términos, él es esencialmente de interés general y por tanto obligatorio para todos los que habitan el territorio.

NÚM. 4. LEYES CONCERNIENTES Á LOS MUEBLES.

117. Era una máxima de nuestras costumbres que «los muebles siguen el cuerpo ó la persona.» De allí la opinión común en el derecho antiguo de que las leyes que rigen los muebles, forman un estatuto personal (1). La comisión encargada de extender un proyecto de Código civil formuló este principio en el *Libro preliminar* (tít. IV, artículo 5): «Los bienes muebles del ciudadano francés residente en el extranjero se arreglan por la ley francesa, lo mismo que su persona.» Sabido es que esos principios generales sobre las leyes fueron retirados; testifican ellos no obstante que los autores del código profesaban las ideas que reinaban en la doctrina y en la jurisprudencia antes de 89. Pero en virtud del silencio del artículo 3 sobre los muebles, se dividieron los jurisconsultos, y entre

1. Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre del ducado de Borgoña*, capítulo XXV, núms. 2 y siguientes.

ellos los hay que admiten la realidad del estatuto que rige los muebles, por la misma razón por la que el código declara que la ley francesa rige los inmuebles pertenecientes á extranjeros. ¿Los muebles no están, como los inmuebles, sometidos al soberano del país donde se encuentran? ¿Qué importa que no sean parte del suelo? Esto no impide que estén bajo el dominio del poder público, allí donde se encuentran. Se dice que son ambulantes y que por consiguiente se reputan como si no tuvieran situación. ¡Mera ficción la de este adagio! La verdad es que los muebles tienen siempre una situación, aunque ella no sea permanente; ¿pero de que cambien de lugar puede inferirse que no tienen lugar? Si la soberanía, como se dice, es por su esencia entera é indivisible, ¿no debe extenderse sobre los muebles lo mismo que sobre los inmuebles? En vano habría dicho el legislador, como lo hacen los autores del código, que los muebles del ciudadano francés están regidos por la ley francesa; pues en realidad, el poder del legislador se detiene en la frontera, no teniendo ningún medio de dar una sanción á la personalidad del estatuto concerniente á los muebles: ¿y se concibe que dé leyes cuya ejecución es imposible asegurar? (1).

La consecuencia más importante de esta primera opinión, es que la sucesión de muebles del extranjero es regida por la ley francesa, en cuanto á los muebles que posee en Francia, y también en cuanto á los inmuebles. Existen sentencias en este sentido. Se conviene en que en el derecho antiguo los muebles eran regidos por el estatuto del domicilio del difunto; y esto se concibe, se dice, de costumbre á costumbre, bajo el dominio de la misma soberanía; pero tal ficción no podrá extenderse á los Estados sometidos á una soberanía diferente. Una sentencia de la corte de Rouen decidió, por consiguiente, que los bienes,

1 Esta es la opinión de Marcadé, t. I. p. 80. núm. 6.

tanto muebles como inmuebles, que se encontraban en Rusia, estaban todos válidamente adquiridos por la persona puesta en posesión de esos bienes, en virtud de las leyes y de las sentencias rusas (1). Y la corte de Rióm falló que la sucesión mueble de un extranjero debía ser regida por la ley francesa, en cuanto á los muebles que se encontraban en Francia. (2).

118. Conviene Merlin en que el artículo 3 del código no puede ser invocado en favor del estatuto personal. Efectivamente, de que diga la ley que los inmuebles, aun aquellos que están poseídos por extranjeros, se rigen por la ley francesa, ¿puede inferirse que esos muebles estén regidos por la ley extranjera? Sería necesario inferir también que la ley francesa no rige los muebles poseídos en Francia por franceses, lo que es absurdo. El silencio del código no puede invocarse para la personalidad del estatuto de muebles. Ateniéndose al rigor del derecho civil, continúa Merlin, debería decirse que la ficción de derecho que reputa los muebles situados en el domicilio de la persona á quien pertenecen, no tiene aplicación en el extranjero, porque el derecho civil de cada Estado se limita á este Estado mismo; ¿y puede extenderse á otro Estado una ficción que es obra de la ley y que no existiría sin ella? ¿Pero es este el caso de observar en todo su rigor el derecho civil? Si los Estados se prestan, por cortesía, á aplicar las leyes extranjeras que arreglan el estado y la capacidad de las personas, ¿por qué no obrarían de la misma manera cuando es necesario arreglar la transmisión de sus muebles? El silencio del código puede invocarse para el extranjero lo mismo que contra él. Si ese silencio implica que los muebles pertenecientes á francés, son regidos por la ley francesa, ¿por qué no se admitirá el mismo principio para los muebles poseí-

1 Sentencia del 25 de Mayo de 1813 (Dallóz, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 445).

2 Sentencia del 7 de Abril de 1833 (Dallóz, en las palabras *Derechos civiles*, núm. 86, 2^o).

dos por el extranjero, es decir, la ley personal tanto para el uno como para el otro? (1).

119. Esta segunda opinión está en armonía con la tradición, y está también en el espíritu del derecho francés. Se sabe el poco valor que el derecho antiguo fijaba á los muebles: *la vil posesión de los muebles*. ¿Qué importaba al legislador que esas cosas viles fueran regidas por una ley extranjera cuando pertenecían á un extranjero? La potestad soberana no estaba interesada en ello, pues se extendía sobre los inmuebles, y esto le bastaba; porque son los inmuebles los que constituyen el territorio y no los muebles; luego la soberanía es esencialmente territorial. Las cosas están muy cambiadas desde que la industria ha tomado un desarrollo prodigioso en los tiempos modernos; la riqueza de muebles tiende á sobreponerse á la riqueza inmueble, porque ella no tiene límites. Desde luego se concibe que se haya efectuado también una revolución en las ideas de los jurisconsultos y que sufran la influencia del espíritu nuevo. De allí nace una tercera opinión sobre la naturaleza de las leyes que rigen los muebles, tomando en cuenta la cortesía invocada por Merlin; pero si hay disposición para mostrarse cortés con el extranjero, es á condición de que el extranjero se muestre también cortés para con nosotros. ¿Permite él á la ley francesa regir los muebles que pertenecen al francés residente en el extranjero? se manifestará la misma benevolencia para la ley extranjera y se le permitirá seguir el mueble como á la persona del extranjero en Francia. Los códigos de Prusia y de Austria admiten el estatuto personal del extranjero para sus muebles y nosotros le admitimos por reciprocidad para los que los prusianos y los austriacos poseen en Francia; pero el Código Bábaro aplica el estatuto real á los muebles que posee en Babiera un extranjero; y se aplica

1 Merlin. *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 3.

rá en Francia el estatuto francés al mueble que allí posee un Bárbaro, si un interés francés se encuentra en ello comprometido (1). Esto quiere decir que un solo y mismo estatuto será unas veces real y otras personal, según que los franceses tengan interés en considerando como real ó como personal. Esto es inadmisibile. En vano se invoca el silencio del código. Es cierto que él no tiene texto que pueda ser violado; ¿pero cuando la ley está muda, el juez no se encuentra atado por los principios? ¿El código mismo no admite la distinción de los estatutos para el extranjero lo mismo que para el indígena?

120. Si se pudiera hacer abstracción de la tradición, sería necesario desechar la distinción de muebles y de inmuebles, porque no tiene fundamento racional. La consideración del valor no es un motivo jurídico; y si se le invocara, la balanza vacilaría ó por lo menos quedaría igual entre la riqueza de los muebles y la riqueza de los inmuebles. Se dice que los muebles sirven para el uso de la persona; y esto es cierto tratándose de algunos efectos muebles, pero no es verdad tratándose de las acciones y obligaciones creadas por el comercio y la industria, pues sirven á la persona con el mismo título que los inmuebles, es decir, como instrumento de desenvolvimiento intelectual y moral. Siendo de la misma naturaleza, y teniendo el mismo destino, ¿por qué los muebles seguirían una ley distinta que los inmuebles? ¿Es porque no forman parte del territorio? La idea de la soberanía que la adhiere al territorio era justa en los antiguos tiempos, cuando los poseedores del suelo eran soberanos y no había riquezas muebles. ¿En presencia de las maravillas de la industria puede decirse todavía que la soberanía no se interesa en los bienes muebles? No, ciertamente. Toda riqueza interesa al legislador, porque mientras más rica es una nación, más civilizada resulta; no porque la riqueza sea

1 Esta es la opinión de Demolombe. *Curso del Código de Napoleón*, tomo 19, p. 110, núm. 95.

el objeto de la civilización: ¡Dios nos guarde de un materialismo semejante que nos conduciría rectamente á la barbarie! pero la riqueza es el instrumento de la cultura intelectual y moral, y desde luego debe estar sometida á la acción de la ley, ya sea que consista en muebles ó en inmuebles.

Savigny nos manifiesta que esta opinión prevaleció entre los jurisconsultos alemanes, aun cuando que estén divididos en lo demás, según que pertenecen á la escuela de los germanos ó á la de los romanistas; y la jurisprudencia entra también en esta vía (1). Es imposible admitir esta doctrina en derecho francés, porque la distinción de muebles y de inmuebles está escrita en cada página de nuestros códigos, y el texto mismo del artículo 3 hace la aplicación de ella á la materia de los estatutos, puesto que no reputa estatuto real sino á aquél que rige los inmuebles. Permanecemos, pues, fieles á nuestra tradición jurídica, hasta que el legislador tenga á bien modificarla. Bajo este punto de vista es necesario colocarse para decidir, si el estatuto que rige los muebles es personal ó real. El interés de la cuestión se concentra en la sucesión mobiliaria. Merlin no tiene dificultad alguna en aplicar el estatuto personal, ya á la sucesión *ab intestato* de los bienes muebles que se encuentren en el territorio francés, ya á la reserva y á la cuota disponible. Esta era la doctrina antigua, y esta era la de los autores del código, y desde luego el silencio del código es muy significativo. Si el argumento deducido del silencio de la ley no tiene valor alguno cuando esté en oposición con los principios, no puede ser desechado cuando se apoya en una tradición secular (2). Es cier-

1 Savigny, *Tratado de derecho romano*, tit. VIII, p. 117 (De la traducción francesa).

2 Fallado en este sentido por una sentencia de 13 de Marzo de 1850 de la corte de París (Dallóz, *Colección periódica*, 1852, 2, p. 79). La corte ha deducido esta consecuencia: que no pertenece á los tribunales franceses conocer de una demanda de partición de una sucesión semejante. Esto es dudoso por lo ménos. La corte de casación decidió también que la acción de reducción de las donaciones muebles no

to que resultará una singular anomalía; y es que la sucesión del extranjero será regida por la ley francesa respecto de los inmuebles que posea en Francia, mientras que sus bienes muebles serán transmitidos conforme á la ley extranjera. Pero la anomalía está en el sistema del código y es inherente al estatuto real, puesto que en su aplicación al derecho hereditario conduce á tantas sucesiones diversas como hay inmuebles situados en diversos países. En nuestra opinión, el estatuto personal debería regir toda la herencia; y sostenemos el principio tradicional del estatuto de muebles como un primer paso dado en la verdadera doctrina.

121. Los autores que admiten el estatuto personal para arreglar la sucesión de muebles, convienen en que cuando los muebles no forman una universalidad, están sometidos al estatuto real. Merlin pregunta cuál ley debe seguirse para el secuestro en Francia de los muebles pertenecientes á un extranjero. Responde sin vacilar: la ley francesa. El juez del lugar donde se encuentran los muebles, siendo el único competente para conocer el secuestro, es por la ley francesa por la que debe fallar si el secuestro está bien ó mal hecho. La razón no nos parece decisiva; porque en efecto, la personalidad ó la realidad de un estatuto no depende de la competencia del juez. Esto no obstante, es necesario adoptar la decisión de Merlin, por un motivo perentorio: el secuestro es una cuestión de procedimiento, y el procedimiento es de derecho público. Es decir, que la potestad soberana es su causa, y cuando la soberanía está empeñada, no se tiene ya en cuenta la diferencia de nacionalidad. Son los oficiales públicos los que embargan. ¿Qué pueden embargar? Lo que la ley, en nombre de la cual obran, les permite secuestrar. ¿En qué forma proceden? Segun la forma prescrita por la ley que autoriza el secuestro.

debe ser llevada ante los tribunales franceses. (Sentencias de 22 de Marzo de 1865 en Dallóz, 1865, 1, 127). Compárese, en el mismo sentido, un fallo de la corte de París de 6 de Enero de 1862. (Dallóz, 1862, 2, 73).

La ley francesa, continúa Merlin, que declara que en materia de muebles la posesión equivale al título, se aplica á los muebles que en Francia posee un extranjero. Porque se trata de revindicar, es decir, de ejercitar una acción judicial: pues bien, el juez no puede admitir la acción si no es que la ley francesa lo autorice. Hay otra razón que es más decisiva. El principio de que tratándose de muebles, la posesión equivale al título, está fundado en el interés del comercio; y este es un interés vital para el Estado. Desde luego un extranjero no puede ser admitido á prevalerse de su estatuto personal; porque sería sacrificar el interés de la sociedad á las conveniencias de un extranjero, lo que es un absurdo.

En fin, dice Merlin, la sucesión de muebles pertenecientes á una herencia vacante, pertenece al Estado donde ellos se encuentran, y no al Estado á que pertenece el difunto. Aquí hay un motivo de duda: ¿el Estado no sucede como heredero? ¿O al menos como sucesor irregular? Desde luego parece que puede invocar el estatuto personal lo mismo que cualquier otro sucesor. Es cierto que el Estado es sucesor; pero no lo es con el mismo título que los parientes del difunto; pues no tiene cualidad alguna para suceder. Si la ley le atribuye la sucesión á la herencia yacente, es por aplicación del principio de que los bienes vacantes y sin dueño pertenecen al dominio público, y este principio es de orden público, puesto que tiene por objeto impedir las vías de hecho. Esto decide la cuestión en favor del estatuto real (1).

§ 4. Crítica de la doctrina de los estatutos.

122. ¿La doctrina de los estatutos personales y reales está fundada en razón? Se le considera como un axioma, y sin embargo no ha dejado de controvertirse, en el derecho

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 3.

antiguo y en el moderno, sobre la aplicación de los principios tradicionales, y puede decirse que en esta materia hay tantas controversias como cuestiones. ¿Esto no debe dar origen á algunas dudas sobre la verdad de esos principios? Olvidemos por un momento la tradición, y examinemos la naturaleza de las leyes. Portalis decía en el cuerpo legislativo el 28 frimario del año X: «Todo toca á la persona.» En este sentido, todas las leyes son personales. ¿Y habría leyes si no hubiera personas? No basta decir esto. ¿Qué son las leyes? ¿Son un hecho arbitrario, la creación del legislador? No, ellas son la expresión de nuestros sentimientos y de nuestras ideas, es decir, de lo que hay de más íntimo en nuestro ser. En ese sentido, todas las leyes son personales, y puede decirse de todos los estatutos lo que los antiguos jurisconsultos decían de aquellos que regían el estado de las personas y su capacidad: los unos comparaban los estatutos personales á la sombra que sigue al cuerpo (1), y los otros lo representaban como la médula de nuestros huesos (2). Esto era marcar con energía que hay estatutos que forman parte de nuestro ser y de nuestra sangre, que no podrán separarse de nuestra personalidad porque se identifican con ella. ¿Esto no es verdad hasta cierto punto tratándose de todas las leyes?

123. Es cierto que las leyes conciernen también á los bienes, aun las más personales, aquellas que arreglan la nacionalidad ó el estado civil. Efectivamente, las leyes son relativas á los derechos y á las obligaciones; ahora bien, los derechos y las obligaciones llegan al extremo directa ó indirectamente de procurarnos los objetos del mundo físico, que nos son necesarios para nuestro desarrollo intelectual y moral. ¿Es decir que hay leyes que tienen por mira principal los bienes? Se pretende: un autor moderno llega

1 Boullenois, *Treatado de la realidad y de la personalidad de los estatutos*, tomo I, pág. 173.

2 Van-der Meulen, *Decisiones brauanicas*, pág. 109.

hasta decir que en las leyes reales las personas se consideran como medios (1). Hé aquí una idea que no podríamos admitir, y sin embargo M. Demolombe tiene razón bajo el punto de vista de la teoría tradicional. ¡Qué! ¿La personalidad sería un medio? ¿El hombre puede alguna vez convertirse en la dependencia, en lo accesorio de una cosa? ¿Qué bienes hay, pues, que sean tan preciosos que lo que hay de más precioso, nuestra individualidad, le esté subordinada? Acabamos de responder á la cuestión. Sí, sin duda, el hombre no puede vivir sin los objetos del mundo físico; y no puede desarrollar ni su alma, ni su inteligencia, si no tiene á su disposición los instrumentos necesarios: los bienes que son este instrumento. Se necesita preguntar, si lo es nuestra alma, que es el elemento esencial de nuestro sér, ó si lo son los objetos del mundo físico de que ella se sirve como de un instrumento. ¿Cuál es el medio? ¿Cuál es el objeto? Todos aquellos que están persuadidos de que tienen una alma, responderán: los bienes son el medio; y es el hombre, en lo que tiene de más noble, de más esencial, quien constituye el objeto. Si tal es la naturaleza del hombre, tales también deben ser las leyes, puesto que ellas son la expresión de nuestra naturaleza. ¿Desde luego puede alguna vez el legislador tratar al hombre como un medio? ¿Y los bienes, que son el verdadero medio, pueden alguna vez convertirse en el objeto principal de sus disposiciones? ¿Por qué en definitiva las leyes se ocupan en los bienes? «Para la utilidad común de las personas,» responden los autores del código, en el Libro preliminar (tít. I, art. 7). Luego la ley tiene siempre por mira al hombre, y por tanto en principio toda ley es personal.

124. Examinemos las más reales de las leyes, y descubriremos en ellas otro principio, y un principio dominante,

1. Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, t. I, núm. 76, pág. 92.

el de la personalidad. El código divide los bienes en muebles é inmuebles; nada más real en apariencia, que esas definiciones; también la realidad de las leyes que las consagran, es uno de los puntos raros sobre los que todo el mundo está de acuerdo. Sin embargo, abramos nuestro código y leeremos en él que la voluntad del hombre puede inmovilizar las cosas muebles, incorporándolas al suelo, dándoles un destino agrícola ó industrial, ó adhiriéndolas á un fundo donde permanezcan á perpetuidad. Aquí tenemos, pues, á la voluntad del hombre cambiando la naturaleza de las cosas, trasformando los muebles en inmuebles; ¿y la voluntad no es lo que hay de más personal en nuestro sér? Desde luego, ¿la personalidad no juega un papel en las más reales de las leyes? No es esto todo. El hombre no puede movilizar los inmuebles, puesto que la naturaleza de las cosas se opone á ello; pero puede á su voluntad regir los inmuebles por los principios que rigen los muebles y recíprocamente, á ménos que haya un interés social comprometido, y diremos desde luego que es este interés el que únicamente imprime á las leyes un carácter de realidad. Nuestro código dice que las rentas son muebles, aun las de bienes raíces (artículos 529, 530); con este título entran en la sociedad legal; pero depende de los esposos excluirlas, realizarias, inmovilizarlas de cualquiera manera. Los inmuebles no entran en comunidad; y sin embargo, los esposos pueden hacerlos entrar é inmovilizarlos en cierto sentido. De esta manera la voluntad humana, si no puede cambiar la naturaleza de las cosas, puede cambiar las leyes que las rigen. Tan cierto es que la personalidad del hombre domina en el derecho.

125. Todos los autores colocan entre las leyes reales las que arreglan la trasmisión de la propiedad. Conforme al derecho romano, la propiedad se trasfiere por la tradición de la cosa; y lo mismo sucede conforme al derecho prusiano, mientras que el Código de Napoleón fija el principio

de que basta el solo concurso del consentimiento, sin que haya tradición. De eso se infiere, dice Savigny, que cuando un francés vende á otro francés su mobiliario que se encuentre en Berlín, la propiedad de los bienes muebles vendidos no se transmitirá sino por la tradición, y que si un berlinés vende á uno de sus compatriotas su mueble que se encuentra en París, la propiedad se transmitirá por el solo concurso de la voluntad de las partes contratantes (1). La consecuencia es cierta. ¿Quiere decir esto que esas leyes son esencialmente reales? Nuestro código parte del principio de que la voluntad del hombre debe tener la misma fuerza y producir el mismo efecto que los actos exteriores y materiales que se llaman tradición. Tal es, ciertamente, el verdadero principio. Desde luego, la tradición de la propiedad se convierte en una cuestión de voluntad. ¿No es esto decir, que la personalidad humana desempeña allí el papel principal? Porque, considerando las cosas bajo el punto de vista racional, ¿dos franceses no podrían transmitir y adquirir por su voluntad la propiedad de los muebles que se encuentran en Berlín? ¿Acaso el orden social se perturbaría en Prusia si el comprador se hiciera propietario sin tradición? Es cierto que si los prusianos venden y compran los muebles que se encuentren en París, pueden convenir en que la propiedad no se transmita sino por la tradición. Esto prueba que todo depende de la voluntad de las partes. Por tanto, la ley que arregla la trasmisión de la propiedad no es real, sino personal.

Se nos objetará que la usucapión se arregla por la ley del país donde están situados los bienes, que así está admitido por todo el mundo y que es por lo mismo esta, una ley real por esencia. Es cierto que la voluntad de las partes no puede hacer que haya ó que no haya usucapión; y también es cierto enteramente que la usucapión es regi-

1 Savigny, *Tratado de derecho romano*, traducido por Guenoux, t. VIII, p. 182.

da por la ley del país donde se verifica; ¿pero es necesario, para decirlo así, recurrir á la teoría tradicional de los estatutos? La verdadera razón, como vamos á decirlo, consiste en que toda prescripción es de interés público, y desde que una ley se ha establecido por un interés social, domina la nacionalidad de las partes interesadas.

126. Tocamos aquí el elemento de verdad que encierra la doctrina de los estatutos. Un adversario decidido de la realidad de los estatutos dice que se deriva del régimen feudal, y la llama una disposición brutal, ininteligible y absurda (1). Eso es exagerado y falso. Habría que desesperar de la razón y de la ciencia, si debiera creerse que los más grandes jurisconsultos se han engañado fundamentalmente en una materia en que tanto se han ocupado. No; el error absoluto es una quimera, lo mismo que la verdad absoluta. Para mejor decir, adelantamos sin cesar en la vía de la verdad, pero á condición de repudiar los errores que á ella se mezclan y que la alteran. La realidad de los estatutos descansa en la soberanía; ¿y quién se atrevería á negar que la potestad soberana extiende su dominio sobre las personas y las cosas? ¿Quién se atrevería á negar que este dominio es indivisible, como lo es la soberanía de la cual emana? Hé aquí verdades evidentes. Eso no obstante, importa precisarlas.

La soberanía es una, ó indivisible, y se extiende sobre todas las personas que habitan el territorio, y sobre las cosas que en él se encuentran, ¿Quiere decir esto que es absoluta y exclusiva, en el sentido de que nunca una ley extranjera puede ejercer un dominio cualquiera sobre las personas ó las cosas que le están sometidas? No; aquellos mismos que invocan la indivisibilidad de la potestad soberana para apoyar en ella la realidad de los estatutos, admiten que hay estatutos personales. Ahora bien, esos estatutos

1 Mailher de Chassat, *Tratado de los estatutos*, p. 26.

son una derogación de la soberanía. Llevad hasta el extremo el principio de una autoridad soberana é indivisible, y llegareis á la negación de todo estatuto personal. Si la soberanía es absoluta, si no admite excepción, la ley, que es el órgano de ella, debe arreglar el estado y la capacidad de todos los que habitan el territorio, tanto extranjeros como indígenas; porque si los extranjeros se rigen por la ley de su país, resultará de ahí que un determinado número de habitantes no estará sometido á la ley del país donde residen, y que estarán exentos de la soberanía; y por tanto, esta soberanía no será entera, estará dividida.

Nadie hay que piense sostener una doctrina semejante; y todos los autores, aun aquellos que son los más hostiles á la acción de las leyes extranjeras, admiten los estatutos personales. Que los restrinjan en los límites más estrechos, importa poco. Es suficiente un solo estatuto personal para que la soberanía ya no sea absoluta. Hay, pues, por confesión de todos, personas que por su estado y capacidad no están sometidas á la ley ni por consiguiente á la soberanía del país donde residen. Esto no impide que la potestad soberana sea una é indivisible. ¿Por qué? Porque extiende su imperio y su dominio, uno é indivisible, sobre los ciudadanos, pues es para los ciudadanos antes que todo para quienes han sido hechas las leyes.

La soberanía, pues, permanece entera, aún cuando haya personas exentas de ella, en lo que concierne á sus relaciones y estado personal. Si es así en cuanto á las personas, ¿por qué no será lo mismo para las cosas? ¿Acaso las cosas tendrán más valor que las personas á los ojos del legislador? No, ciertamente; la soberanía se dirige directamente á los hombres, y no se ocupa de las cosas sino en tanto que interesan á los hombres. La persona es lo principal y los bienes son lo accesorio. Y bien, si la ley extranjera rige á los extranjeros, en cuanto á su persona, sin que la soberanía sufra por ello, ¿por qué no regirá también sus

bienes? Ya se la admite en cuanto á sus bienes muebles, aunque los muebles estén bajo el dominio y la potestad del legislador lo mismo que los inmuebles. ¡Se destrozará la soberanía, cuando un valor inmueble de mil francos se rija por la ley extranjera, y no será destrozada cuando esta misma ley rija un valor mueble de cien mil francos!

Lógicamente, debe admitirse un solo y mismo principio para los muebles y para los inmuebles, para las personas y para los bienes. Desde que se admite que los extranjeros están regidos, en cuanto á su persona, por la ley extranjera, es necesario admitir también que sus bienes están regidos por esta misma ley, porque los bienes son el accesorio de la persona, tanto los muebles como los inmuebles, pues los unos y los otros sirven de medio al hombre para su perfeccionamiento. ¿Puede haber otra ley para lo accesorio distinta de la de lo principal? La soberanía, ciertamente, no será disminuida por esto; pues lo es menos, en todo caso, por los bienes que por las personas, porque debe tener su dominio sobre las almas, mucho más que su acción sobre los cuerpos. Digamos mejor: la soberanía no se altera más en un caso que en otro; y conserva la autoridad que debe tener sobre las personas y las cosas para llenar su misión. Esto es lo que nos falta que probar.

127. El poder soberano obra por el interés general, y es uno de los caracteres de la ley, ser la expresión de la soberanía. ¿Se dice con esto que toda ley tiene por objeto directo un interés social? No, y aun cuando una ley se dé por interés de la sociedad, no es esencial á ella que rija á todas las personas y á todas las cosas que se encuentran en el territorio. Hay leyes que ni siquiera son obligatorias para los ciudadanos, en el sentido de que pueden derogarlas por convenios particulares; y hay otras que obligan á los ciudadanos y no á los extranjeros, como por ejemplo, las que imponen á los ciudadanos el servicio militar; y tales son también las que arreglan el estado de las personas

y su capacidad; pues han sido hechas para los miembros del Estado y no para los extranjeros, aun cuando ellas pertenezcan al orden público. ¿Qué es, pues, lo necesario para que una ley extienda su dominio sobre los extranjeros? Se necesita que el Estado tenga interés en ello, y que éste interés no pueda ser más que un interés de conservación; porque conservarse es más que un interés, es un derecho y un deber para la sociedad. Pues bien, el derecho de la sociedad prevalece sobre los demás derechos, y con mayor razón sobre los intereses de los individuos, y como la sociedad tiene un interés de conservación en que una ley se aplique á todos los habitantes del territorio, es evidente entonces que los extranjeros, lo mismo que los ciudadanos, están sometidos á ella.

128. Dijimos ya que las leyes penales y de policía obligan á todos los habitantes del territorio; y esto es verdad, aun cuando una ley penal esté en oposición con el derecho del extranjero. Su ley personal y su religión le permiten la poligamia, y no podrá invocar la libertad religiosa ni la ley de su país para sustraerse á la acción de la ley francesa que castiga, como un crimen, la poligamia: luego el derecho del Estado domina al del individuo.

129. Lo mismo sucede con las leyes que rigen los bienes. El legislador revolucionario abolió los derechos feudales, último resto de un régimen que estaba en oposición con los sentimientos é ideas de las generaciones nuevas. Este régimen descansaba en la dependencia de las tierras, y ésta engendraba la dependencia de las personas. Se hizo lugar al régimen de la igualdad y de la libertad, y el código consagra los principios proclamados por la Revolución. Es evidente que los extranjeros, lo mismo que los franceses, están ligados por estos principios, porque pertenecen al derecho público y á la esencia misma de nuestra organización social, y no podrían, por lo mismo, los extranjeros ejercitar derechos feudales en Francia. Según

los términos del artículo 686 de nuestro código, los propietarios pueden establecer las servidumbres que quieran; pero la ley pone una restricción diciendo: con tal que ellas en nada sean contrarias al orden público; y el artículo 638 nos explica lo que en esta materia debe entenderse por *orden público*: «La servidumbre no establece ninguna preeminencia, de una heredad sobre la otra.» Si, pues, bajo el nombre de servidumbre, un extranjero quisiera establecer la preeminencia de un fundo sobre otro, es decir, ejercitar un derecho feudal sobre los bienes situados en Francia, se desearía esta pretensión como contraria al *orden público*.

130. El derecho de sucesión era esencialmente aristocrático bajo el antiguo régimen, y de ahí proceden los derechos de primogenitura y de masculinidad, y también las sustituciones. Savigny enseña que las sucesiones recogidas por los extranjeros son regidas por el estatuto personal de los herederos; pero admite una excepción en el derecho de primogenitura y en las sustituciones fideicomisarias (1). Puede decirse que, en efecto, esas instituciones pertenecen al derecho político, el cual organiza el derecho privado, en armonía con el espíritu aristocrático, que domina en la sociedad. ¿Puede permitirse á los extranjeros mantener en Francia, en las relaciones de interés privado, el principio aristocrático que el legislador desterró del orden político y del orden social? ¿No resultaría de ahí una especie de anarquía en la sociedad, puesto que dos principios contrarios y hostiles, se encontrarían frente á frente y en pugna? Hay, sin embargo, un motivo de duda que hace que nos inclinemos en favor del extranjero. Cuando el legislador estableció la igualdad como base del orden político y civil, tuvo presentes á los ciudadanos franceses, y ciertamente no entendió imponer esos principios á los extranjeros que se encuentran en su territorio. Sin duda que

1 Savigny, *Tratado de derecho romano*, t. VIII, p. 302 y siguientes.

no les permitiría actos que abiertamente hirieran la igualdad y perturbaran el orden social; pues no sufriría que un extranjero tuviese esclavos en Francia, porque eso sería lastimar un principio esencial de la sociedad francesa; pero ¿puede decirse que se comprometería la igualdad, si un extranjero recogiera en Francia un valor mueble ó inmueble á título de primogenitura ó de sustitución? Definitivamente diremos que no se trata más que de intereses privados y excepcionales, que no tendrían influencia en la sociedad francesa, ni darían motivo para la menor resonancia.

131. Hemos decidido lo contrario en cuanto á la muerte civil, y se nos podría objetar que estas decisiones son contradictorias. La cuestión es difícil y dudosa. Merlin enseña sin vacilar que el religioso extranjero, constituido por la ley de su país en estado de muerte civil, no podría recoger en Francia una sucesión que allí se hubiera abierto en su provecho, y cita dos sentencias de la corte de casación que así lo fallaron (1). Savigny dice que la muerte civil, en general, no sería una causa de incapacidad en un país que no la admite; pero pone una excepción respecto de los monjes extranjeros, porque se sometieron voluntariamente á este estado que se llama la muerte civil (2). Esta distinción no nos parece admisible. Supongamos que la muerte civil sea contraria á los principios del derecho público de un país, tal como sucede en Bélgica (Constitución belga, artículo 13). ¿Por qué el legislador proscribió la muerte civil, á título de pena? Porque esta institución bárbara viola la personalidad humana, y es una especie de esclavitud legal, en el sentido de que aquel que está muerto civilmente deja de ser una persona, lo mismo que el esclavo. ¿Permitiríamos nosotros la esclavitud bajo el pretexto de que es voluntaria? En lo sucesivo no debe admi-

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, § 6, núm. 6.

2 Savigny, *Tratado de derecho romano*, t. VIII, pág. 39 y 160, nota.

tirse un estado de muerte civil voluntaria, y no le reconocemos en el ciudadano, aun cuando sea un monje, y desde luego no podemos reconocerlo en el extranjero, porque se trata del principio más fundamental de nuestro orden político; ¿puede haber libertad ahí donde no hay personalidad?

132. Volvemos otra vez á las leyes que rigen los bienes. Las hay cuya aplicación á los extranjeros no puede dar lugar á la menor duda. Tales son las que establecen los impuestos sobre los valores muebles ó inmuebles; y las leyes mismas que los han creado lo deciden así; pero aun cuando nada dijeran, la decisión debería ser la misma. ¿Podrá el Estado llenar su misión, y podrá existir sin imponer contribuciones sobre los bienes? Hay pues aquí uno de esos intereses de conservación que constituyen un derecho para la sociedad, derecho que domina á los derechos individuales. Esta dominación es la más legítima de todas, porque el Estado que la ejercita, no hace uso de ella sino para proteger los derechos individuales; y como concede á los extranjeros la misma protección que á los indígenas, es justo que todos estén sometidos á las mismas cargas reales. Esto es cierto tratándose de las cargas municipales lo mismo que de aquellas que están establecidas en provecho del Estado, porque la razón para decidirlo es la misma. Cuando una ley apremia á los habitantes para prestaciones de una naturaleza tal como la de la conservación de los caminos vecinales, los extranjeros están obligados á ellas lo mismo que los ciudadanos; pues las leyes de impuestos son reales por excelencia (1).

133. Es inútil decir que las leyes que arreglan el procedimiento son aplicables á los extranjeros, porque son de derecho público. Por esta misma razón somos de parecer,

1 Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 409, cita las leyes, los autores y la jurisprudencia.

que las leyes sobre la prescripción son leyes reales á las que están sujetos los extranjeros lo mismo que los ciudadanos. Cuando se trata de la usucapión, el interés público es evidente; pues la ley sacrifica el derecho del propietario al del poseedor, porque el derecho de éste se confunde con el de la sociedad, que pide la seguridad y estabilidad de las propiedades. En cuanto á la usucapión de los muebles, esta se verifica instantáneamente, por la aplicación del principio de que en materia de muebles la posesión equivale al título. El interés del comercio hizo establecer este principio, y por consiguiente un interés social. De esto se infiere que el extranjero está sometido á él, lo mismo que el indígena, y otro tanto sucede con la prescripción extintiva (1), y la prescripción pone fin á los pleitos. Aquí tenemos un interés social que domina todos los intereses individuales.

134. Tenemos pues, leyes reales, en el sentido de que rigen á los extranjeros lo mismo que á los indígenas. ¿Por qué? Porque existe un interés social que lo exige. Cuando la sociedad no tiene interés alguno en regir la persona y los bienes del extranjero, la ley es personal, es decir, que cada uno está regido por las leyes de su país. ¿La regla general es que la ley sea personal ó real? Esto es preguntar si la sociedad debe dominar en todas las cosas sobre el individuo, en virtud de su poder soberano. La doctrina moderna no admite ya esta dominación absoluta é ilimitada de la soberanía y del legislador que es su órgano. Al lado de la soberanía de las naciones, reconocemos la soberanía de los individuos; y la una no debe absorber ni destruir á la otra, so pena de caer en el extremo del socialismo que mata toda energía individual, y por consiguiente el principio de vida, ó al individualismo, que rompe el lazo social, condu-

1 Savigny, *Tratado de derecho romano*, t. VIII, págs. 269 y siguientes. La doctrina y la jurisprudencia francesa están conformes (Dallóz, en la palabra *Leyes*, núms. 421, 444).

ce á la anarquía y por consiguiente á la muerte. Deben conciliarse los dos principios: el derecho del individuo y el de la sociedad; y el uno es tan sagrado como el otro. ¿En qué base se apoyará entónces la conciliación? ¿Es la sociedad el objeto, ó lo es el individuo? La creencia moderna dice que lo es el individuo; y que la sociedad es el medio. Luego, por regla general, el derecho del individuo debe prevalecer, y no cede sino ante un derecho superior, el derecho que de conservarse tiene la sociedad.

Apliquemos estos principios á la cuestión de los estatutos. Las leyes son la expresión de nuestra individualidad, y son personales por su naturaleza, y entónces deben seguir á la persona á todas partes y en todas sus relaciones de interés privado. El legislador no tiene interés que imponer á sus prescripciones en el extranjero, y desde luego él no tiene derecho, siendo la ley personal del extranjero la que debe aplicarse. En definitiva, las leyes se han hecho para los hombres, y no los hombres para las leyes. ¿Con qué derecho, pues, el legislador sometería á los extranjeros á leyes que ignoran, á leyes que no se han hecho ni por ellos ni para ellos, á leyes que pueden estar en oposición con sus sentimientos é ideas? Nuestros principios de libertad se oponen á semejante extensión de la potestad soberana, porque la soberanía no debe intervenir sino cuando hay un interés social que amparar. Entónces el individuo debe ceder, porque bajo esta condición existe una sociedad, y sin sociedad no podría el individuo ni desarrollarse, ni aun existir. Hay pues leyes reales; pero la realidad es la excepción, y la personalidad la regla; porque la regla es que todo se refiera al individuo y á su perfeccionamiento.

135. Colocándonos en este punto de vista, podremos apreciar la doctrina de los estatutos, y hacer justicia á los dos principios que se combaten y parecen excluirse el uno

al otro. El principio de la personalidad remonta á los pueblos bárbaros que destruyeron el imperio romano y marcaron una nueva era de la civilización. Sabido es que sus leyes eran personales, entendiéndose por eso que el derecho que á cada hombre regía estaba determinado por la tribu á que pertenecía, es decir, por la raza y no por el país ó el Estado de donde había venido. En un solo y mismo imperio, el franco-Salieno era regido por la ley sálica, el franco-Ripuario por la ley ripuaria, el borgoñés por la de los borgoñeses, el visigodo por la ley de los visigodos, el longobardo por la ley de los longobardos, y cada hombre era regido por la ley de su raza, no solamente en cuanto á su persona y bienes, sino también en todas sus relaciones jurídicas, aun para los crímenes que cometieran. Esto era la negación del Estado y de su soberanía en el dominio del derecho; ó por mejor decir, los bárbaros no negaban el Estado, lo ignoraban, y no conocían más que la individualidad humana. Es el sentimiento enérgico de personalidad el que caracteriza á las naciones germánicas, y gracias á este sentimiento, regeneraron á la humanidad, comunicándole el espíritu de libertad individual que constituye su vida; pero su personalidad era excesiva, porque lo absorbía todo y desconocía un elemento igualmente importante, el del Estado, el de la soberanía y de la ley general que es su expresión.

Las leyes permanecieron siendo personales durante el largo tiempo que tardaron las diversas razas en fundirse formando una nacionalidad nueva. Fué al principio de la era feudal cuando se verificó la fusión; cuando ya no se podía distinguir un Franco Salieno de un Franco Ripuario, y era imposible aplicarles un derecho diferente. El derecho dejó de variar conforme las razas, porque ya no había razas distintas. Bajo el régimen feudal, la personalidad hizo lugar á la territorialidad, es decir, á la realidad de la ley. La idea del Estado comenzó á desarrollarse en

el seno de las pequeñas sociedades feudales que se establecieron sobre las ruinas del imperio carlo-vingio. ¡Cosa singular! La personalidad hizo lugar en todo á la realidad. Se diría, que eran dos espíritus contrarios, hostiles, sucediéndose el uno al otro en los mismos pueblos, porque es el genio de las razas germánicas el que reinó durante la feudalidad, como había reinado en la época de los bárbaros. ¿Cómo, pues, de personales que eran las leyes se convirtieron en reales?

Era todavía el activo espíritu del bárbaro el que inspiraba al señor feudal; y cada barón era rey en su baronía, como después de la conquista cada propietario era independiente en su alodio. Únicamente estaban unidas todas esas pequeñas soberanías por un lazo de dependencia, real y á la vez personal. Ninguna tierra había sin señor y todo señor tenía un soberano feudal. Los germanos trasladaron á estas soberanías locales su idea de personalidad, en el sentido de que cada pequeño feudatario era una persona distinta, como en otro tiempo cada propietario de alodio; pero la necesidad de la unión se hacía sentir: pues los hombres no pueden coexistir con una absoluta independencia, porque la falta de todo lazo social sería la disolución de la humanidad. Se establecieron relaciones entre los poseedores del suelo; y como no tenían idea alguna del Estado, ni de una ley general que comprendiera á todos los hombres, formaron sociedades tan estrechas como sus ideas. De allí provinieron las baronías y los feudos que cubrieron á la Europa feudal. De allí, más tarde, las costumbres diversas que regian las provincias, las villas y los comunes rurales.

Era un axioma de nuestro derecho antiguo que las costumbres son reales, entendiéndose por eso que eran soberanas, pero que su dominio estaba limitado al territorio donde habían nacido (1). Llevado hasta el extremo el princi-

1 Merlín. *Repertorio*, en la palabra *Estatuto*.

pio de la realidad de las costumbres, habría excluido la idea de personalidad, porque siendo todas las costumbres igualmente soberanas, cada una excluía toda influencia de una soberanía extranjera. La independencia del germano se había transformado en soberanía, y esta era tan absolutamente exclusiva y tan absorbente como la otra, y podría decirse también que era el primer germen del Estado, pero que mientras más restringida era su acción, más se adhería á ella, y ménos podría sufrir una acción cualquiera de otro Estado. Esto era caer del exceso de la personalidad al de la realidad. La naturaleza humana nos explica estos excesos contrarios. Cuando un principio nuevo sale á luz, lo quiere invadir todo, porque el hombre en su estrechez ve ahí la verdad absoluta, y es necesaria esta dominación exclusiva para que se arraigue en las almas. Hé aquí por qué reinó tanto tiempo en el derecho la *realidad* de las leyes. Expresión de la soberanía, se encelaba de la menor usurpación de una costumbre extranjera. Era necesario este dominio exclusivo en la idea del Estado para acostumbrar á él á los hombres de raza germánica: pues apartando toda influencia de una soberanía que no fuera la suya, los hombres de la Edad Media obedecían todavía al feroz amor de la independencia que animaba á sus antepasados. Los jurisconsultos de los países de derecho no escrito expresan con una energía singular esta oposición de las costumbres que llegaba hasta la hostilidad.

«Las diversas provincias, dice el presidente Bouhier, formaban en otro tiempo Estados diversos, gobernados por diversos príncipes, casi siempre en guerra los unos con los otros. Y había pocas ligas entre los Estados vecinos, y ménos todavía entre los que estaban más distantes. Esto hacía que cada uno de esos pueblos fuera celoso de sus propias leyes, de manera que no tenían cuidado de admitir la extensión de un estatuto en los límites de otro. Cada uno quería permanecer señor absoluto en su lugar; y este es el origen

del axioma vulgar de nuestro derecho francés, de que *todas las costumbres son reales* (1).» Resulta de esto que las *leyes* eran *enemigas* lo mismo que los pueblos. Esta es la expresión de Boullenois (2), y caracteriza admirablemente la lucha de las leyes reales contra la invasión de la personalidad, que era un *enemigo* que rechazaban.

136. Los dos principios, el de la personalidad y el de realidad, eran falsos, el uno y el otro, á pesar de encerrar cada uno un elemento de verdad. Eran falsos. Efectivamente, las leyes personales de los bárbaros para nada tenían en cuenta el Estado y sus derechos, y no conocían más que al individuo; miéntras que las leyes reales de la feudalidad hacían del hombre el accesorio del suelo, y le sujetaban á la soberanía que le era inherente. En fuerza de exaltar la persona, los bárbaros destruían la sociedad general, sin la cual el individuo no puede vivir. En fuerza de resistir á toda ley extranjera, la feudalidad desconocía la personalidad humana, cuya expresión es la ley. Necesario era llegar á una concepción nueva que concediese un lugar á los dos principios, dando á cada uno lo que le es debido. Ese trabajo se efectuó con el trascurso de los siglos y con el dominio de la ciencia. Desde que el derecho se hizo una ciencia, reclamó la personalidad de ciertas leyes. Se ha hecho burla de la distinción que imaginaron los primeros glosadores para distinguir las leyes reales de las personales; pues decían que eran personales cuando el legislador comenzaba hablando de la persona, y reales cuando comenzaba hablando de la cosa. Es á este ridículo, así como á otros, á los que se dirigen los reproches que se hacen á los glosadores; pues se refieren al entendimiento humano y á su imperfección, más bien que á los espíritus intrépidos que abrieron los primeros el camino en una

1 Boubier, *Observaciones sobre la costumbre del ducado de Borgoña*, cap. XXIII, núm. 33.

2 Boullenois, *Tratado de la realidad y de la personalidad de los estatutos*, Prefacio, pág. 11.

ciencia nueva. Es necesario congratularse con ellos porque reivindicaron los derechos de la personalidad contra la dominación exclusiva de las leyes reales. La lucha debía durar siglos, y todavía no toca á su fin. Uno de nuestros grandes jurisconsultos, Carlos Dumoulin, desempeña un papel considerable en esta lucha secular. En el siglo XVI se estaba todavía en plena *realidad*, aun cuando las provincias y las villas regidas por costumbres diversas hubiesen dejado de ser enemigas, puesto que desde hace mucho tiempo formaban parte de un mismo Estado y estaban sometidas á un solo príncipe. Porque nada hay más tenaz que el espíritu tradicional del derecho. Dumoulin no pensaba en negar la realidad de las costumbres y la admitía como regla general (1); pero reclama un pequeño lugar para la personalidad. Había muchas cosas sobre las cuales variaban demasiado las costumbres; por ejemplo, sobre la edad de la mayoría y sobre el derecho de testar. Ateniéndose á la realidad de las costumbres, se llegaba á consecuencias que el buen sentido desechaba. ¡Qué! el mismo hombre será mayor en una costumbre y menor bajo otra! ¡Aquí tendrá capacidad para testar y allí no la tendrá! Cuando las partes disponen de sus bienes, ¿su voluntad se detendrá por la diversidad de los estatutos? ¿Si los esposos estipulan la comunidad, la sociedad de bienes que formen no se extenderá fuera de los límites de la costumbre bajo la cual viven? Se quería admitir que las convenciones expresas debían regir todos los bienes de los esposos, cualquiera que fuese el lugar de su situación; pero se sostenía con calor que á falta de convenciones era el estatuto real el que debía sobreponerse. Dumoulin respondió á los realistas, que se formaban una idea falsa de las costumbres que arre-

1. Ch. Dumoulin, *en el consejo de Alejandro*, XVI, lib. 19. «Teneas indistincte, quod statuta vel consuetudines, tamquam reales, non extenduntur ultra sua territoria.» Comprende que los estatutos ó costumbres no se extienden indistintamente siendo reales más allá de sus territorios.

glaban la comunidad de entre esposos; y dijo que las costumbres no hacían más que presumir la intención de las partes, y que la comunidad era por consiguiente una sociedad tácita fundada en la voluntad de los esposos; porque la voluntad tácita no produciría el mismo efecto que la voluntad expresa (1). Sin embargo, la doctrina de Dumoulin con trabajo pudo penetrar en los ánimos. Grandes jurisconsultos, tales como d'Argentré, hicieron los mayores esfuerzos para sostener la realidad de los estatutos concernientes á la comunidad. Esta opinión tan poco racional y tan poco jurídica encontró todavía partidarios en el siglo XVIII, y el presidente Bouhier se creyó obligado á combatirla (2). ¡Tan lento es el progreso que se efectúa en nuestra ciencia del derecho!

137. El juicioso Coquille se burla del risible adagio, y dice que es propio de los cerebros de los prácticos querer que todas las costumbres sean reales (3). Nuestro sabio Stockmans se queja también en alguna parte del capricho de los jurisconsultos flamencos en este punto, y dice: sería más fácil quitar á Hércules su masa que hacerlos desistir del axioma de que todas las costumbres son reales (4). Felizmente las necesidades de los pueblos y sus relaciones crecientes arrastraron á los prácticos. A decir verdad, en el interior de diversos Estados, la lucha hostil de las costumbres no tenía razón de ser. Se concibe que las leyes sean enemigas, cuando los hombres están divididos en Estados enemigos; pero en el último siglo, las provincias y las ciudades no formaban ya más que un solo Estado; y desde entónces ya no había causa para la realidad de las costumbres. El presidente Bouhier lo remarca. ¡Para qué obstinarse, dice, en la observancia rigurosa de

1. Dumoulin, *Cancellia*. LIII. (Obras, t. II, núms. 964 y siguientes.)

2 Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre de Borgoña*, cap. XXIV, núms. 3 y siguientes.

3 Coquille, *Institutas de derecho no escrito*, pág. 39, edición de 1666.

4 Stockmans, *Decisiones*, L. núm. 1.

la antigua de máxima que reputaba reales las costumbres, siendo así que el principio de la personalidad hace iguales todas las cosas entre las diferentes costumbres?

Tuvo más trabajo la igualdad para establecerse en las relaciones de las naciones entre sí, y se introdujo bajo el dominio de la necesidad. Para empeñar á los pueblos y sobre todo á los prácticos á desistirse de su celo nacional, Dumoulin, Coquille y Bouhier apelaron á la utilidad que todos sacarían del principio de la personalidad, si fuera admitido en todas partes (1). Ciertamente desearían todos, que las leyes que les eran tan queridas, siguiesen á la persona aun en el extranjero. Y bien, la manera de obligar á los pueblos extranjeros á que admitieran el estatuto personal en favor de las personas y de los bienes que se encontrasen en su territorio, era conceder el mismo favor á los extranjeros que invocaban su estatuto personal. Esta fué la consideración de utilidad que obligó á los pueblos vecinos á permitir entre ellos la extensión de los estatutos extranjeros; y de allí nació una especie de derecho de gentes y de decoro, en virtud del cual se reconocía en todas partes la autoridad del estatuto personal.

138. Dumoulin dice en alguna parte que los lugares no deben dominar á las personas, y que son más bien las personas las que deben dominar á los lugares y las cosas, como que son de mayor consideración y dignidad (2). Este principio, si hubiera sido aplicado en sus últimas consecuencias, habría conducido á una regla enteramente contraria á la que se seguía en el derecho antiguo, y lejos de reputar real á toda ley, se habría debido reputarla personal, exceptuando el caso en que un interés social obligara á admitir la realidad. Dumoulin no pensaba en dar esta aplicación á la máxima que acabamos de citar, y por el

1 Véanse los testimonios en Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre de Borgoña*, cap. XXIII, núms. 62 y 63.

2 Dumoulin, *Concil.* XVI, núm. 2 (Op., t. II, p. 854).

contrario admitía como regla la realidad, de donde todavía en el siglo XVIII se deducía, que siendo la excepción el estatuto personal, se debía en caso de duda declararse por el estatuto real. El presidente Bouhier fué el primero que destruyó la regla, y dijo que los estatutos eran personales en principio. Importa entender las razones que da, porque son dignas de consideración y nos conducen á un orden nuevo de cosas que Dumoulin ya presentaba, pero que solamente el porvenir realizará.

Cuando hay conflicto entre la ley que rige la persona y la que rige la cosa, ¿cuál debe sobreponerse? Esto es preguntar si las personas se han hecho para las cosas ó las cosas para las personas. Respondiendo á esta cuestión, Bouhier cita las palabras de un jurisconsulto de su época: «La persona, como más noble, debe sobreponerse á los bienes que no han sido hechos sino para ella.» Por la misma razón, se debe decir, que las leyes se han hecho principalmente para las personas; y que por lo mismo se presumen personales; de donde se infiere que en caso de duda, el estatuto debe reputarse personal, más bien que real. Bouhier invoca todavía otra consideración para apoyar esta opinión que pareció extraña á los prácticos. ¿Cuándo hay duda sobre la personalidad ó la realidad de un estatuto? Esto no sucede cuando él está fuera del derecho común; y en este caso, todo el mundo admite la realidad. Es, pues, cuando la disposición está conforme con el derecho comun. ¿Y qué cosa es ese derecho comun? Es, ó el derecho natural, que es la ley primordial de todas las naciones, ó el derecho romano, que casi siempre se funda en la equidad, hasta el punto de que se le ha llamado la razón escrita. ¿No debemos aproximarnos tanto cuanto sea posible á un derecho que tiene su origen en la razón y en la equidad? Debe, pues, aplicársele en todas partes, considerando las diferentes leyes de las provincias como una sola y misma costumbre. ¿Y lo que es verdad respecto de las provincias, no lo será

de las naciones? ¿No existe un derecho que les es comun, en tanto que se funda en la equidad natural que es la misma en todas partes? (1).

139. La opinión de Bouhier no fué favorecida y chocó con las preocupaciones tradicionales y seculares de los prácticos. Boullenois la combatió (2), y la tradición prevaleció sobre la razón. ¿No hay en el llamamiento que hace el presidente Bouhier á un derecho comun universal, un eco de la filosofía del siglo XVIII, filosofía esencialmente humana y cosmopolita? Se operaba una reacción violenta en los ánimos contra el pasado, y sobre todo, contra el feudalismo. Bajo la influencia de ese espíritu nuevo, la Francia revolucionaria abolió el régimen feudal, hasta en sus últimos vestigios, y una consecuencia lógica de esta tendencia debe ser el repudio de la idea de la realidad en las leyes, para hacer que domine el principio de la personalidad. Los detalles en que hemos entrado prueban que tal es en efecto la tendencia á que obedecen los juriconsultos franceses.

No sucede lo mismo en los países donde el espíritu feudal se sostiene. Por una extraña contradicción, el elemento de la individualidad, y por consiguiente de la personalidad, domina en los sentimientos y las ideas de la raza anglosajona, mientras que la realidad feudal reina siempre en sus leyes. Consiste esto en que la propiedad es allí todavía feudal, lo mismo que las reglas que rigen su transmisión. Resulta de ahí que los derechos sobre los bienes raíces están regidos exclusivamente por la ley de su situación, y que la capacidad personal nada influye sobre la enajenación de los mismos. Hay más, el derecho inglés hasta rechaza toda acción del derecho extranjero sobre los muebles. Se ha fallado que el padre francés ó belga no

1. Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre de Borgoña*, capítulo XXXVI, núms. 1 y siguientes (t. I, págs. 819 y siguientes).

2. Boullenois, *Tratado de la personalidad y de la realidad de los estatutos*, t. I, págs. 107 y siguientes.

puede en Inglaterra iuvocar, ni sobre los muebles ni sobre los inmuebles, el derecho de usufructo que el Código civil atribuye á la patria potestad (1). Se dice que no hay jurisconsultos que obedezcan más á la tradición y que escuchen menos la razón, que los jurisconsultos ingleses. El ejemplo que acabamos de citar es una prueba admirable de ello. ¿Hay un motivo racional ó político para rehusar al padre francés ó belga el derecho de gozar de los bienes que en Inglaterra posee su hijo? ¿La soberanía del Estado está interesada en este debate? En vano buscamos un motivo racional que justifique este espíritu exclusivo, pues no hay otro que el poder de la tradición feudal.

140. Desde el siglo XVIII la humanidad se inspira en sentimientos más amplios y en ideas más elevadas. La Asamblea constituyente abolió el derecho de *aubaine* (2), y esto lo hizo invocando la fraternidad de los pueblos. En vano los autores del código lo restablecieron; en Francia y en Bélgica, el legislador abandonó la tradición imperial para volver al generoso espíritu que animaba á los hombres de 89. Este movimiento debe tocar á un derecho universal, tal como Bouhier lo reclamaba en el último siglo, fundándose en la razón y en la equidad, derecho que regirá las relaciones de interés privado de las naciones, como desde ahora existe un derecho general que arregla sus relaciones políticas. Esta tendencia se manifiesta brillante en la ciencia alemana. La Alemania es más cosmopolita todavía que la Francia; y piensa con el poeta latino, que nada de lo que es humano debe subsistir como extraño para el hombre. Bajo esta inspiración escribió Savigny la palabra que está llamada á renovar la ciencia del derecho internacional privado. Aquellos de nuestros jurisconsultos viejos, que son los más favorables al estatuto perso-

1. Pœlix, *Tratado de derecho internacional privado*, págs. 68 y 70, núm. 4.

2. Derecho fiscal régio á la sucesión y herencia del extranjero muerto en país donde no estaba nacionalizado.— N. del T.

nal, invocan la utilidad de los pueblos, ó hacen un llamamiento á la cortesía que debe reinar tanto entre las naciones como entre los individuos. La utilidad no es un principio: ¡cuántas veces se ha hecho valer el interés para encubrir y excusar las más grandes iniquidades! La cortesía no lo es más. Se trata de principios de derecho, y el derecho no es un negocio de cortesía. No pedimos que se respete la ley de la persona en nombre de la indulgencia ó de yo no sé qué favor; pedimos justicia en nombre de la naturaleza humana que nos dice que todos los pueblos son hermanos lo mismo que los individuos, y que hay entre ellos una *comunidad de derecho*. Esta es la frase de Savigny (1). La comunidad de derecho que anuda todos los miembros del género humano, asegura el imperio de la personalidad en el dominio de las leyes, mucho mejor que la cortesía, que los pueblos podrán olvidar algunas veces; y mucho mejor, sobre todo, que el interés que muchas veces los ha extraviado.

¿Cómo organizar esta comunidad de derecho? ¿y cómo hacerla salir del dominio de la teoría para hacerla real en la práctica? Desde hace largo tiempo, responde Savigny, piden los jurisconsultos que se arreglen por medio de tratados los principios que deben regir las relaciones del derecho internacional privado. Ya el viejo Huber decía, en su tratado del *Conflicto de las leyes*: «La cuestión pertenece más bien al derecho de gentes que al derecho civil, porque es evidente que en las relaciones respectivas de diversas naciones entre sí, vuelven á entrar al dominio del derecho de gentes». Más adelante Huber agrega: «La decisión de estas cuestiones debe buscarse, no en el simple derecho civil, sino en la conveniencia y el consentimiento recíproco de las naciones». Debe decirse más: las leyes son impotentes para apartar el peligro. El legislador bien puede ad-

1 Savigny, *Tratado de derecho romano*, t. VIII, ps. 30 y siguientes.

mitir la aplicación del estatuto personal cuando se trata de la persona y de los bienes del extranjero; pero no puede dar á sus propias leyes una acción cualquiera fuera del territorio sobre el que se extiende su autoridad, pues para esto es necesario el consentimiento de los diversos pueblos y son necesarios los tratados. Agreguemos que los tratados no serán posibles sino cuando el derecho común, universal, de que habla el presidente Bouhier, haya penetrado en todas partes y roto las barreras que le oponen la tradición y las preocupaciones. Mientras que existan naciones que repudien el divorcio como una cosa inmoral, ¿puede esperarse que sea respetado allí donde está deshonrado? Toca á la ciencia preparar los tratados que realizarán entre los pueblos el imperio de la justicia universal, al ménos en el dominio de los intereses privados.
