

habia admitido (1), y estaba tambien consagrado por el proyecto del código sometido al cuerpo legislativo. En su exposicion de los motivos del título preliminar, lo justifica Portalis, por una razon de necesidad: «en nuestros dias, dice, los hombres no están siempre en el mismo lugar. Las comunicaciones comerciales é industriales entre los pueblos son múltiples y rápidas: nos ha parecido necesario dar seguridades al comercio garantizándole la validez de los actos en los cuales se habia conformado con las formas adoptadas en los países donde esos actos podian haberse celebrado (2).» Es necesario contentarse con esas formas, no solamente porque varian de un país á otro, sino porque muy frecuentemente seria imposible al francés seguir las formas de la ley francesa en el extranjero, como le seria imposible seguir en Francia las formas prescritas por la ley extranjera. El legislador francés separó la jurisdiccion voluntaria de la jurisdiccion contenciosa, dejando á los notarios la redaccion de la mayor parte de los actos que en el derecho antiguo eran de la competencia de los tribunales. En Alemania, por el contrario, la confusion de las dos jurisdicciones subsiste en lo general. Así es que los testamentos se hacen judicialmente, conforme al derecho prusiano, y no ante notorio, segun el derecho francés. En vano querria testar en Francia un prusiano ante un tribunal, porque el juez se declararia incompetente; ha sido, pues, necesario permitir al prusiano que haga su testamento ante el notario (3). Lo mismo sucede al francés en el extranjero. Lo que la necesidad ordena es tambien conforme á la razon. Las formas en las cuales deben ser celebrados los actos, son las que nosotros llamamos *instru-*

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

2 Portalis, *Exposicion de los motivos*, sesion del 3 frimario, año X (Loeré t. 1º, p. 235, núm. 4).

3 Savigny, *Tratado de derecho romano*, traducido por Guenoux, tomo VIII, p. 345.

*mentales*, y tienen por objeto garantizar la libre expresion de la voluntad de las partes que ejecutan el auto. Pues bien, es propio del legislador de cada país arreglar las formas que le parezcan más propias para este objeto; y esto depende del estado social y político: aqui el legislador tiene confianza en el testimonio de los hombres, allá se desconfia de él; aqui 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 expresion de la voluntad de las partes: desde entónces 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, decia, jamás ha sido puesta en duda; pero la redaccion podria ser mejor. El texto del proyecto no hacia más que reproducir el adagio latino: *el lugar rige el acto*.<sup>(\*)</sup> 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, respondia Portalis, y por una razon muy sencilla, que es la de que el consentimiento no es una forma, sino una condicion 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

(\*) *Locus regit actum* -

el código la ha consignado en muchas disposiciones (artículos 47, 170, 999) (1).

\* 81. Acabamos de resumir los principios establecidos por el Código civil sobre las leyes que rigen á los extranjeros. Están léjos 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 cuestion, 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 distincion tuvo origen en la diversidad infinita de costumbres. Beaumanoir dice en el *Prólogo* de las antiguas costumbres de Beauvois: «las costumbres son tan diversas que no se podrian encontrar en el reino de Francia dos castellanías que enteramente tuvieran una misma costumbre». Lo mismo sucedia en todos los países regidos por el derecho no escrito. En Alemania la diversidad se extendia á todo cuanto puede imaginarse. En Breslau habia cinco leyes diferentes sobre el derecho de sucesion: y muchas veces el derecho variaba de una casa á otra; y, cosa prodigiosa! tal casa, situada en el limite de dos jurisdicciones, era regida por dos leyes diferentes (2). Estas costumbres locales regian á los vecinos y á los conciudadanos; ¿qué ley debia aplicarse á sus relaciones: el estatuto que regia á la persona por razon de su naci-

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

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

miento ó de su domicilio, ó el estatuto que regia los bienes por razon de su situacion? La respuesta á esta pregunta no fué siempre la misma en las diversas épocas del derecho. En el siglo XVIII, la distincion de los estatutos personales y reales habia alcanzado todo su auge. ¿Es decir, que habia una doctrina fija y cierta?

D'Aguesseau, el ilustre canceller, formuló la distincion 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 aplicacion á ciertas personas, ó su conservacion 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 atencion 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 legitimo 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 querian aplicarla. Voet dice que las controversias sobre la realidad y la personalidad de los estatutos son casi insolubles (2). El Presidente Bouhier, talento muy preciso, declara: «que no hay cuestiones más intrincadas ni más espinosas (3).» El emba-

1 D'Aguesseau, *Pedimento* 54 (Obras, tomo IV, edicion en 4º, p. 639 y siguientes, 660.

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

3 Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre del ducado de Borgogna*, cap. XXIII (Obras, t. 1º, p. 654).

razo de Froland que escribió excelentes memorias sobre esta materia, es casi cómico. «Confesaré de buena fe, 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* esel relativo al fondo, y que el estatuto *personal* es aquel que concierne á la persona, y sin embargo, con todas estas 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 precision, 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 servia para distinguir los estatutos personales y reales, insistiendo en el objeto principal á que se dirigian; ahora bien, es tal el gran número de dificultades en esta materia, que se le acusaba de haberse engañado en la aplicacion. Un jurisconsulto cuya autoridad es grande, le hizo una cruda guerra, y allí donde Dumoulin encontraba un estatuto personal, D'Argentré percibia 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

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.

se presentan ya sino desde que se abrogaron las costumbres entre franceses y extranjeros; pero las relaciones internacionales, que diariamente adquieren mayor extension, 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 casacion de 27 de Febrero de 1817 reprodujo textualmente la distincion enseñada por d'Agueseau, y Merlin siguió paso á paso los principios fijados por nuestros antiguos jurisconsultos y formulados en el siglo XVIII por Bouhier, Boulleois y Froland (1). Un autor moderno, que escribió un tratado sobre los estatutos, le hizo fuertes reproches. «Me párece 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 opinion, considerando un solo y mismo estatuto, unas veces como personal, otras veces como real; ¿pero de quien es la falta? Se lee en una Recopilacion 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 confesion de impotencia es característica, pues no hay materia, por espinosa que sea, que no tenga principios ciertos.

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

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

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

¿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 (1).» Creemos que no hay más que una 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

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

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 tribunaudo propuso la redacción que pasó al artículo 3º; y

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