

hon (1). «La mujer, dice la sentencia, sigue la condicion de su marido; y el matrimonio forma para ellos un estado único é indivisible, de naturaleza tal, 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 condicion del marido.» Luego es la ley de la patria del marido la que decide la cuestion.

La corte de París sentenció, en el mismo negocio, en sentido opuesto, y Merlin aprueba esta decision. 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 aquel 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 rescision por causa de lesion; y lo que es verdad en la venta, debe serlo en el matrimonio. Contraido 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 (2).

Segun nuestra opinion, toda esta argumentacion estriba en una falsedad, y nos admiramos de que Merlin no haya visto el error, porque el error es evidente. Si, los contratos se reputan hechos bajo el dominio de la ley que rige el lugar

1 Sentencia de 11 de Agosto de 1817 (Daloz, en la palabra *Matrimonio*, núm. 507).

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

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 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 disolucion del matrimonio. En vano querrian contraer una union indisoluble, si su ley personal admite el divorcio, porque su union podrá ser rota. Inútilmente tambien querrian contraer una union disoluble, cuando su ley personal prohíbe el divorcio. El matrimonio es de orden público, no solamente por la capacidad de las partes, sino tambien por los efectos que produce; y desde luego es la ley personal la que decide la cuestion del divorcio y no la ley del domicilio; porque es una cuestion 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. Hé 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 confusion 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 disolucion del ma-

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

trimonio por el divorcio depende tambien de su voluntad? ¿es tambien esta una cuestion 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 derogarla, 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 opinion de Merlin, y la expresa sin vacilacion alguna: «La patria potestad, dice, es un *estado* propiamente dicho, una *condicion* 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 opinion 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 dirian: «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

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

nos han trasmitido 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 ofenderia costumbres venerables 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 cuestion de nacionalidad, de raza, y no una cuestion de habitacion. Es precisamente en esta materia, en la que la oposicion de las diversas nacionalidades brilla con evidencia. Los romanos no reconocen ningun 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 razon para darle un protector, pero no un amo. En este sentido decian nuestras costumbres: *patria potestad no tiene lugar*. Ellas no querian dejar al hijo sin proteccion, pero no querian 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 concepcion puede cambiar en lo de adelante (2)?

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 (*Passicrisie*, 1866, 2, pág. 57). Un español, casado en Bélgica, conserva la plenitud de la patria potestad despues 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.

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 atenián mejor á las buenas costumbres que los vasallos del imperio: eran de opinion, y no hacían mal, que el verdadero medio de desarrollar la moralidad del hijo es fortalecer su individualidad. Si los romanos daban al padre un poder absoluto y perpétuo sobre sus hijos, era ménos 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 gènio 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 querria 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 razon 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 ménos en cuánto 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 anti-

guo, Dumoulin consideraba el estatuto como real; y la jurisprudencia se declaró en este sentido. Bouhier sostenía la personalidad (1), y creemos que su opinion todavía debe seguirse. No quiere decir esto que no haya alguna duda bajo el punto de vista de los principios tradicionales sobre la division de los estatutos. Es cierto que ateniéndose al artículo 3, seria 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. Hé 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.

Merlin es de opinion contraria, y merece detenerse en ella, porque está consagrada por la tradicion. Resta saber si el espíritu del derecho moderno es también el del antiguo. Merlin 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 arre-

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

glan 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 habria inconvenientes en dividir el estado de las personas, y en considerarlas como capaces ó incapaces segun que habitaran en tal ó cual país: pues capaces segun su ley personal, ó incapaces, deben serlo en todas partes. ¿No seria ridiculo 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 habrian 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 perturbaria el orden público y el comercio se arruinaria (1)?

No, indudablemente. Pero ¿es exacto decir, que el estatuto personal no es más que una excepcion; que no tiene más que un dominio precario fuera de su territorio y que es necesario encerrarlo en él, á ménos que el orden público ó el interés del comercio exijan que traspase esos límites? El estatuto personal tiene raíces mucho más profundas; y las hunde en lo que hay de más íntimo, de ménos precario, en la individualidad humana; expresion de la raza á la que pertenece una persona, la sigue por todas partes, sin que pueda desprenderse de ella. Es necesario, segun 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

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

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? Seria ridiculo, se confiesa, que un hombre fuese considerado como padre en su país, y que no lo fuera ya desde que hubiera pasado la frontera. Por esta vez Pascal tendria razon 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. ¿Tendria, pues, un derecho inherente á una potestad sin tener esta potestad! Lo accesorio existiria sin el derecho principal del cual depende! Merlin retrocedió ante esta enormidad y usó una excepcion 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 excepcion? ¿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 excepcion, ¿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 (2).

Merlin que reproduce este decreto, comenzó por enseñar la misma opinión. Nace un hijo, dice, y desde este momen-

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

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

to, la costumbre del domicilio que tienen sus padres (en nuestra opinión, la nacionalidad de sus padres), imprime en él una nota indeleble, 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 borrar 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 costum-