

sion 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 hacia 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; mientras que las leyes reales de la

1 Bouhier, *Observaciones sobre la costumbre del ducado de Borgoña*, cap. XXIII, núm. 38.

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

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 a 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 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 re-

1 Ch. Dumoulin, *en el consejo de Alejandro*, XVI, lib. 1º, «Teneas in-

clama 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 deseaba. ¡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 arreglaban 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 obliga-

distincte, quod estatuta 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.

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

do á combatirla (1). ¡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 (2). 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 (3). 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 entonces ya no había causa para la realidad de las costumbres. El presidente Bouhier lo remarca. ¿Para qué obstinarse, dice, en la observancia rigurosa de la antigua 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 (4). Ciertamente desearían todos, que

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

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

3 Stockmans, *Decisiones*, L. núm. 1.

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

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 consideracion de utilidad que obligó á los pueblos vecinos á permitir entre ellos la extension de los estatutos extranjeros; y de allí nació una especie de derecho de gentes y de decoro, en virtud del cual se reconocia 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 los lugares y las cosas, como que son de mayor consideracion y dignidad (1). Este principio, si hubiera sido aplicado en sus últimas consecuencias, habria conducido á una regla enteramente contraria á la que se seguia en el derecho antiguo, y léjos de reputar real á toda ley, se habria debido reputarla personal, exceptuando el caso en que un interés social obligara á admitir la realidad. Dumoulin no pensaba en dar esta aplicacion á la máxima que acabamos de citar, y por el contrario, admitia como regla la realidad, de donde todavía en el siglo XVIII se deducia, que siendo la excepcion el estatuto personal, se debia 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 consideracion 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

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

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 cuestion, 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 razon, 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 consideracion para apoyar esta opinion 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 comun; y en este caso, todo el mundo admite la realidad. Es, pues, cuando la disposicion 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 razon escrita. ¿No debemos aproximarnos tanto cuanto sea posible á un derecho que tiene su origen en la razon 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 opinion de Bouhier no fué favorecida y chocó con las preocupaciones tradicionales y seculares de los prácticos. Boullenois la combatió (2), y la tradicion

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

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

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 juriscultos 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 puede en Inglaterra invocar, 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 juriscultos que obedezcan más á la tradición y que escuchen menos la razón, que los juriscultos ingleses. El ejemplo que acabamos de citar es una prueba admirable de ello. ¿Hay

1 Félix, *Tratado de derecho internacional privado*, ps. 68 y 70, núm. 4.

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* (1), 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 juriscultos viejos, que son los más favorables al estatuto personal, 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

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

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 importantes para apartar el peligro. El legislador bien puede admitir 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

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

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 menos en el dominio de los intereses privados.